

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – DCJ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

REBECCA ELEN AZEVEDO DE MORAES

A CONDUÇÃO COERCITIVA PARA INTERROGATÓRIO:
Uma análise da decisão do STF nas ADPF's 395 e 444

SANTA RITA

2018

REBECCA ELEN AZEVEDO DE MORAES

A CONDUÇÃO COERCITIVA PARA INTERROGATÓRIO:

Uma análise da decisão do STF nas ADPF's 395 e 444

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de Santa Rita do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Área de concentração: Direito Processual Penal.

Orientadora: Prof.^a Ma. Danielle da Rocha Cruz.

SANTA RITA

2018

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

M827c Moraes, Rebecca Elen Azevedo de.

A CONDUÇÃO COERCITIVA PARA INTERROGATÓRIO: Uma análise da decisão do STF nas ADPF's 395 e 444 / Rebecca Elen Azevedo de Moraes. - Santa Rita, 2018.

91 f.

Orientação: Danielle da Rocha Cruz.

Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. Interrogatório. 2. Condução coercitiva. 3. Art. 260 do CPP. 4. ADPF's 395 e 444. I. Cruz, Danielle da Rocha. II. Título.

UFPB/CCJ

A Deus.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, por ser amor, pelos Seus planos e pelas misericórdias derramadas sobre a minha vida durante os cinco anos de curso.

Meu eterno agradecimento a meus pais, que não mediram esforços para que eu concluísse mais esta etapa. Em especial, à minha mãe, por todo carinho e compreensão dedicados a mim.

A meu irmão, Renan, pelo apoio empreendido.

A meu grande amigo, Luiz, com quem compartilhei alegrias, tristezas e aprendi sobre lealdade.

À Letícia, Maurício, Hállita e Isabela, que tornaram meus dias mais fáceis e leves.

À Priscilla, Thainá, Roberta, Matt, Xavier e Vicente, que iluminaram minhas manhãs.

À Universidade Federal da Paraíba, na pessoa da minha orientadora Danielle Cruz, pela educação oportunizada e pelo esforço na continuidade e evolução acadêmica.

“Quem exercita um direito não pode ser punido (ou prejudicado) por tê-lo exercido”.

(Marco Aurélio Mello)

MORAES, Rebecca Elen Azevedo de. **A condução coercitiva para interrogatório: uma análise da decisão do STF nas ADPF's 395 e 444.** 2018. 91 f., Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, Santa Rita, 2018.

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal decidiu, em junho do corrente ano, no bojo das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental 395/DF e 444/MG, pela não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do Código de Processo Penal e, por conseguinte, pela declaração de incompatibilidade da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório com a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988. Nesse íterim, o presente trabalho busca analisar os argumentos utilizados pela Suprema Corte para embasar tal decisão. Para chegar a uma conclusão, perpassa-se pelo estudo dos institutos relativos ao *leading case* em comento. Assim, direciona-se a presente pesquisa à análise do interrogatório e suas várias nuances, incluindo a discussão sobre a sua natureza jurídica. Em seguida, perfilha-se acerca da condução coercitiva e da sua admissibilidade no ordenamento jurídico pátrio como medida cautelar autônoma. Destarte, visando entender a complexidade do tema exposto, realiza-se uma análise qualitativa dos institutos apresentados, através de uma pesquisa bibliográfica, com o fito de abalizar, de forma crítica, através do posicionamento da doutrina, o presente trabalho. Para finalizar, faz-se um estudo da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, expondo, principalmente, a invocação do direito à liberdade de locomoção e o princípio da presunção de não culpabilidade, apresentados pela Corte com intuito de vedar o emprego da condução coercitiva do imputado para fins de interrogatório. Então, como resultados da pesquisa, verifica-se que foram devidamente utilizados os princípios atinentes ao direito de ir e vir do indivíduo.

Palavras-chave: Interrogatório. Condução Coercitiva. Art. 260 do CPP. ADPF's 395 e 444.

ABSTRACT

The Federal Supreme Court decided, in June of this year, in the Provisions of Non-compliance with Fundamental Precepts 395/DF and 444/MG, for non-receipt of the expression "for interrogation", contained in art. 260 of the CPP and, consequently, the declaration of incompatibility of the coercive conduct of investigated or of defendants for questioning with the Constitution of the Federative Republic of Brazil, enacted in 1988. In the meantime, the present work seeks to analyze the arguments used by the Supreme Court to support such decision. In order to reach a conclusion, it is based on the study of the institutes leading case in comment. Thus, the present research is directed to the analysis of the interrogation and its various nuances, including the discussion of its nature legal basis. Then, it is about coercive conduct and its admissibility in the legal system as an autonomous precautionary measure. Thus, in order to understand the complexity of the subject matter, a quality of the institutes presented, through a bibliographical research, with the in a critical way, through the positioning of the doctrine, the presente article. Finally, a study of the decision made by the Supreme Court Federal Court, in particular the invocation of the right to freedom of locomotion and the principle of presumption of non-culpability presented by Court in order to prohibit the use of the coercive conduct of the accused for of interrogation. Then, as the results of the research, it is verified that duly used the principles regarding the right to come and go of the individual.

Keywords: Interrogation. Coercive conduct. Art. 260 of CPP. ADPFS 395 and 444.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil – 1988
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 O INTERROGATÓRIO DO ACUSADO/INVESTIGADO E A SUA CONDUÇÃO COERCITIVA NA LEGISLAÇÃO E DOUTRINA BRASILEIRA.....	13
2.1 O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	15
2.2 BREVE ANÁLISE SOBRE O INTERROGATÓRIO.....	17
2.2.1 A obrigatoriedade do interrogatório.....	22
2.3 ART. 260 DO CPP: O EMPREGO DA CONDUÇÃO COERCITIVA PARA FINS DE INTERROGATÓRIO.....	24
3 A CONDUÇÃO COERCITIVA E OS DIREITOS INDIVIDUAIS DO INTERROGADO.....	27
3.1 O INTERROGATÓRIO E O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA.....	27
3.2 O DIREITO AO SILÊNCIO E O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO (<i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i>) DO INTERROGADO.....	30
3.3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E AS MEDIDAS CAUTELARES.....	34
3.3.1 A impossibilidade da condução coercitiva como forma de medida cautelar inominada.....	37
4 A NÃO RECEPÇÃO DA CONDUÇÃO COERCITIVA DO INVESTIGADO/ACUSADO PELO TEXTO CONSTITUCIONAL.....	42
4.1 ANÁLISE DOS ARGUMENTOS UTILIZADOS PARA O EMBASAMENTO DA DECISÃO DAS ADPFs 395 E 444.....	45
4.1.1 Direito à liberdade de locomoção.....	50
4.1.2 Princípio da presunção de não culpabilidade (ou de inocência).....	52
4.2 O EFEITO COLATERAL DA DECISÃO: A DECRETAÇÃO DA PRISÃO TEMPORÁRIA ANTE A IMPOSSIBILIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA DO INTERROGADO.....	54
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	57
REFERÊNCIAS.....	59
ANEXO.....	63

1 INTRODUÇÃO

Recentemente, com o desencadeamento de grandes investigações criminais promovidas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, como a Operação Lava Jato, que buscam o combate à corrupção e ao crime organizado, as autoridades policiais e judiciais passaram a utilizar, de forma indiscriminada, a condução coercitiva do investigado ou acusado para fins de interrogatório.

Ocorre que, por vezes, o emprego desse instrumento processual se dava sem prévia intimação do imputado, sendo utilizado como pretexto para salvaguardar a coleta de provas durante o cumprimento dos mandados de busca e apreensão que eram expedidos no decorrer das investigações, desvirtuando, assim, o instituto.

Desse modo, em que pese o ordenamento jurídico brasileiro ter positivado, por meio do art. 260 do CPP, a possibilidade do réu ou investigado ser conduzido contra a sua vontade à presença da autoridade para ser interrogado, a doutrina começou a questionar a recepção desse dispositivo pela Constituição Federal de 1988, haja vista ser conferido ao cidadão o direito de permanecer em silêncio e o de não produzir provas contra si mesmo.

Nessa conjuntura, em abril de 2016, a inconstitucionalidade do art. 260 do CPP foi arguida pelo Partido dos Trabalhadores (PT) perante o Supremo Tribunal Federal, através da ADPF n.º 395 e, posteriormente, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), por meio da ADPF n.º 444, em março de 2017.

De plano, a ADPF n.º 395 sustentava que o direito a não autoincriminação é direito fundamental inerente ao cidadão, que dimana da dignidade da pessoa humana. Aduzia, ainda, que o art. 260 do CPP, que confere à autoridade a prerrogativa de mandar conduzir o acusado à sua presença para ser interrogado, não foi recepcionado pela Magna Carta, por ser incompatível com o direito de não se autoincriminar.

A agremiação partidária tinha como objeto a declaração de não recepção parcial do art. 260 do CPP, na parte em que permite a condução coercitiva do investigado ou do acusado para fins de interrogatório, buscando, também, a declaração da inconstitucionalidade do uso da condução coercitiva como medida cautelar autônoma com a finalidade de obtenção de depoimentos de suspeitos, indiciados ou acusados em qualquer investigação de natureza criminal.

Por seu turno, a ADPF n.º 444 tinha um objeto mais restrito que a primeira, pois questionava o emprego da medida apenas na fase de *investigação*. Nesse sentido, na exordial

da referida ação, pleiteava-se a declaração de não recepção parcial do art. 260 do *codex* processual penal, no que tange ao uso da condução coercitiva do *investigado* para a realização de interrogatório. De forma subsidiária, buscava-se a declaração da incompatibilidade da interpretação extensiva do dispositivo questionado, que permite a condução coercitiva para interrogatório em fase de investigação sem intimação prévia e ausência injustificada, com a CRFB/88.

No bojo da arguição, o CFOAB afirmava que as conduções coercitivas violam os princípios da imparcialidade, do direito ao silêncio, do princípio do *nemo tenetur se detegere*, do princípio do sistema penal acusatório, do devido processo legal, da paridade de armas, da ampla defesa e do contraditório.

Nesse ínterim, em 14 de junho do corrente ano, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos (6 a 5), julgou procedentes ambas as arguições de descumprimento de preceito fundamental, declarando, por conseguinte, que a condução coercitiva, tanto do investigado quanto do réu, para fins de interrogatório, disposta no art. 260 do CPP, não foi recepcionada pela Carta Política de 1988.

De acordo com a decisão, o emprego da medida coercitiva, além de representar uma restrição à liberdade de locomoção do cidadão, também macula o princípio da presunção de não culpabilidade.

Assim, o cerne da presente pesquisa reside em analisar a decisão proferida pelo STF no bojo das ADPF's 395 e 444, sobretudo os argumentos utilizados pela Suprema Corte na declaração de não recepção do art. 260 do CPP na parte relativa à condução coercitiva do investigado ou acusado para interrogatório.

No que tange à metodologia, esta monografia faz uma construção teórica acerca do uso da condução coercitiva de investigados e réus para realização de interrogatório aplicada a um caso concreto, qual seja, o julgamento das ADPF's 395 e 444.

Na fase instrumental, o método dedutivo, entendido como a pesquisa da análise geral ao particular, foi utilizado a partir das noções dos sistemas processuais penais, do instituto do interrogatório como meio de defesa, dos direitos individuais inerentes ao interrogado e da condução coercitiva como medida cautelar para, ao fim, chegar-se a uma conclusão sobre a recepção do uso desse instrumento processual para fins de interrogatório pela Constituição Federal.

Em relação ao método procedimental empregado, adota-se o interpretativo, através do estudo dos textos jurídicos concernentes aos princípios constitucionais atinentes ao instituto do interrogatório, da condução coercitiva e à sua constitucionalidade.

Por sua vez, no contexto teórico, emprega-se a investigação bibliográfica e documental, por meio da coleta de fontes e através da realização de apontamentos. Essa técnica inclui legislações (nacionais e alienígenas), livros, artigos científicos, produções acadêmicas e diversos documentos que contribuíram para o trabalho. Além disso, utiliza-se de investigações jurisprudenciais, acerca da recepção da condução coercitiva de investigados ou acusados para realização de interrogatório pelo texto constitucional.

Assim, no primeiro capítulo, direciona-se o estudo a partir da abordagem do instituto do interrogatório, analisando-se suas características, dando enfoque à sua natureza jurídica, bem como à sua obrigatoriedade na persecução criminal e no processo penal. *A priori*, traça-se uma construção histórica acerca dos sistemas processuais penais inquisitivo e acusatório, visando demonstrar o resquício existente do ranço inquisitorial ainda presente no Código de Processo Penal brasileiro. Ato contínuo, passa-se a relação direta do emprego da condução coercitiva do investigado ou acusado para fins de interrogatório.

Em seguida, no segundo capítulo, a pesquisa volta-se para a análise dos direitos e garantias individuais inerentes ao interrogado, enfatizando a aplicação do princípio da ampla defesa, da não autoincriminação e do direito ao silêncio no ato do interrogatório. *A posteriori*, elucida-se a possibilidade da utilização da condução coercitiva como medida cautelar penal autônoma.

No terceiro e último capítulo, realiza-se um elo entre os institutos discutidos ao longo da presente pesquisa, culminando na análise propriamente dita dos argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal na decisão que julgou procedente as ADPF's 395 e 444, trazendo à tona uma reflexão sob o lume do direito à liberdade de locomoção e do princípio da presunção de não culpabilidade. Por fim, apresenta-se as considerações finais.

2 O INTERROGATÓRIO DO ACUSADO/INVESTIGADO E A SUA CONDUÇÃO COERCITIVA NA LEGISLAÇÃO E DOUTRINA BRASILEIRA

Conceitualmente, o sistema processual penal, desenvolvido de acordo com o momento político de um determinado Estado, pode ser definido como um conjunto de regras e princípios constitucionais que possui o fito de estabelecer as diretrizes norteadoras da aplicação do direito penal nos casos concretos. Assim, o Estado deverá assegurar a aplicação de seus preceitos fundamentais, efetivando sua ordem normativa penal, através de um processo que, inicialmente, divide-se nas formas inquisitiva e acusatória¹.

O sistema processual inquisitivo ou inquisitorial originou-se a partir dos regimes monárquicos. Posteriormente, foi aperfeiçoado pelo direito canônico e tem como característica principal a reunião das funções de acusação, defesa e julgamento em uma só figura, podendo ser uma pessoa ou órgão, intitulada de juiz inquisidor.

Essa concentração de poderes afeta diretamente objetividade e imparcialidade do responsável pela condução do processo, visto que os atos de acusar e defender são essencialmente opostos.

Desse modo, o sistema inquisitivo, em regra sigiloso e escrito, é marcado pelo confronto entre o inquisidor e o acusado, não existindo o instituto do contraditório, tendo em vista que o próprio juiz age como parte, sempre *ex officio*, ficando ao seu encargo a investigação e produção de provas para construção de seu convencimento.

Nesse sistema, a confissão é considerada a rainha das provas, razão pela qual o acusado é mantido, por vezes, preso, sendo inquirido e coagido a confessar, atuando apenas como mero objeto do processo².

Adotado pela maioria das legislações dos países europeus durante os séculos XVI, XVII e XVIII³, substituiu de forma paulatina o sistema acusatório⁴ vigente à época, sob o argumento que “a perseguição criminal não poderia ser deixada nas mãos dos particulares, pois

¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49.

² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 73.

³ RANGEL, op. cit., p. 50.

⁴ Historicamente, o sistema acusatório vigorou durante a Idade Antiga da Grécia e de Roma, mais notadamente no período republicano, perpassando pela Idade Média, especificadamente no direito germânico. Entrou em declínio no século XIII, ocasião em que o sistema inquisitivo começou a se propagar. Voltou a ter forças na Grã-Bretanha, no reinado de Henrique II, de modo que, atualmente, a Inglaterra é o país que possui o processo penal mais parecido com o sistema acusatório puro.

isso comprometia seriamente a eficácia do combate à delinquência. Era uma função que deveria assumir o Estado e que deveria ser exercida conforme os limites da legalidade”⁵.

Em contrapartida, o sistema processual acusatório, oriundo das civilizações grega e romana, caracteriza-se pela clara separação de funções (*actum trium personarum*), em que o juiz atua como o órgão imparcial responsável pela aplicação da lei, manifestando-se apenas mediante provocação. O autor, por sua vez, é o acusador, suportando o ônus da acusação, e o réu, como sujeito de direitos que é, deve se defender através de todos os meios inerentes à sua defesa⁶.

Destacam-se como traços marcantes do sistema acusatório a presença do princípio do contraditório e da ampla defesa, como forma de garantia político-jurídica do cidadão, da paridade de armas entre o acusado e o acusador, da publicidade e da oralidade⁷.

Nesse sentido, não cabe ao juiz iniciar, de ofício, a persecução penal no sistema acusatório, mas sim ao Ministério Público, órgão criado pelo Estado. No que concerne à iniciativa probatória, a gestão das provas cabe ao autor e ao réu, ou seja, ainda que se admita que o magistrado “tenha poderes instrutórios, essa iniciativa deve ser possível apenas no curso do processo, em caráter excepcional, como atividade subsidiária da atuação das partes”⁸.

O processo penal brasileiro, de acordo com a Constituição Federal, é caracterizado como acusatório, em virtude da titularidade da ação penal pública ter sido atribuída, privativamente, ao Ministério Público e, em determinadas exceções, ao particular.

No entanto, alguns doutrinadores sustentam que o modelo brasileiro deve ser considerado como misto ou acusatório formal, utilizando como argumentos, respectivamente, a existência do inquérito policial na fase pré-processual e a atribuição de certos poderes aos magistrados pelo Código de Processo Penal⁹, como, por exemplo, a determinação de produção de prova e a decretação, de ofício, da prisão preventiva.

Nesta senda, pode-se afirmar que o modelo processual penal brasileiro não é puro, pois, na prática, ainda resistem resquícios do sistema inquisitivo, uma vez que Código de Processo Penal (CPP) é preponderantemente composto por normas de cunho inquisitorial e que são aplicados elementos da investigação preliminar durante a fase processual, sendo

⁵ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 72.

⁶ Ibid., p. 52

⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 28 ed. v 1.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 90.

⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2016, p. 74-75.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 101.

denominado por Aury Lopes Jr. como (neo) inquisitivo¹⁰.

Registre-se que a mera divisão das atividades de acusar e julgar não pode ser considerada o elemento basilar de um sistema, não sendo suficiente para caracterizá-lo, devendo ser aliado à gestão das provas, que, no sistema inquisitivo, concentra-se nas mãos do julgador e no acusatório, nas mãos das partes.

Assim, o fato de o Código de Processo Penal brasileiro permitir que o juiz busque material probatório por si só, atribuindo poderes instrutórios a este, fere diretamente o princípio da imparcialidade e do devido processo legal, visto que tal medida antecipa a formação do juízo, indo de encontro ao sistema acusatório¹¹, razão pela qual Jacinto Coutinho definiu o sistema processual penal brasileiro, em sua essência, como “inquisitório, porque [é] regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz”¹².

2.1 O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Inspirado na legislação processual penal desenvolvida na Itália em 1930, no auge do Fascismo de Mussolini¹³, o Código de Processo Penal brasileiro, em vigor desde 1941, tem como base, em razão do paradigma que tomou como exemplo, fundamentos essencialmente autoritários.

Maculado pela influência inquisitorial, o CCP trazia, em sua redação inicial, normas eivadas de arbitrariedades, tendo em vista que, a depender da pena abstrata prevista para o delito, o acusado era automaticamente preso preventivamente a partir do recebimento da denúncia (art. 312), sendo tratado como se culpado fosse e a sentença absolutória não possuía o condão de restituir a liberdade do réu (art. 596 do CPP).

A presunção de culpabilidade era o princípio norteador do CPP, o que ficava claro com o fato de, por exemplo, só ser cabível a concessão da liberdade provisória para crimes afiançáveis. Ademais disso, a composição originária do Código tinha como uma de suas

¹⁰ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 76.

¹¹ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 52-72, passim.

¹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. In.: _____. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Nota Dez, n. 1, 2001, p. 29.

¹³ O fascismo, estabelecido na Itália por Benito Mussolini em 1922, é um regime político radical de cunho autoritário nacionalista, caracterizado pelo poder autocrático centrado na figura de um ditador. À época, os fascistas tinham como objetivo a unificação da nação por meio de um Estado totalitário e o combate ao comunismo e socialismo democrático. Seus princípios basilares eram adoração ao Estado, devoção da população a um líder, o etnocentrismo, imperialismo, militarismo e a oposição a todas as ideias propagadas pelo marxismo.

principais particularidades a busca pela verdade real, que servia de justificativa para o abuso e o excesso de poder cometido pelas autoridades e pelo poder público, principalmente na fase investigatória.

Naquela ocasião, o interrogatório do réu era interpretado como forma de prova e não defesa, situação na qual o juiz poderia interpretar o silêncio do réu e o seu não comparecimento à inquirição de forma negativa, se valendo disso para embasar o seu convencimento¹⁴.

A partir da década de 70 começaram a ser promovidas diversas mudanças significativas no referido dispositivo legal, inicialmente com a Lei n.º 5.349/67, “por meio da qual foram flexibilizadas inúmeras regras restritivas do direito à liberdade”¹⁵, com o intuito de fomentar a adaptação do CPP às novas tendências garantistas emergentes.

Ao passo que a legislação processualista penal era extremamente autoritária, priorizando sempre a segurança pública em detrimento da tutela da liberdade individual, a Constituição Federal de 1988 (CRFB/88), intitulada de Constituição Cidadã, trouxe novos ares para o ordenamento jurídico brasileiro, tendo como pilar a garantia dos direitos do indivíduo em face do Estado. Nesse sentido, Pacelli ensina que

enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, CF)¹⁶.

Face à notória antítese entre a lei ordinária e o diploma constitucional, viu-se a necessidade de submeter a aplicação das normas do Código de Processo Penal aos preceitos elencados na CRFB/88, visando uma aplicação harmônica do ordenamento pátrio, visto que, para entender o funcionamento do sistema jurídico, deve-se “partir da Constituição para as demais normas inferiores”¹⁷.

Assim, restava evidente a necessidade de uma leitura constitucional do processo penal visando à promoção da eficácia dos direitos fundamentais por meio de mecanismos de defesa social que garanta a efetividade de tais direitos. Quanto a isto, Lopes Jr. expõe que

somente a partir da consciência de que a Constituição deve efetivamente constituir (logo, consciência de que ela constitui-ação), é que se pode compreender que o

¹⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 5 et seq.

¹⁵ *Ibid.*, p. 8.

¹⁶ *Ibid.*, p. 8.

¹⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 61-62.

fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá através da sua instrumentalidade constitucional. Significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição.¹⁸

Com a promulgação da Carta Magna de 1988, o processo penal passou a se desenrolar de acordo com uma instrução contraditória, diante do juiz natural do caso, havendo a obrigatoriedade da participação da defesa técnica do acusado de forma efetiva, como forma de convencimento judicial, que, em todas as hipóteses, deve ser motivado¹⁹.

Finalmente, no ano de 2008, a legislação codificada passou por uma reforma de grande relevância com as Leis n.º 11.689, 11.690 e 11.719, alinhando-se em certos pontos aos ditames constitucionais, culminando na Lei de prisões (n.º 12.403/11), que estabeleceu as prisões provisórias como exceção, “devendo o magistrado *preferir* as medidas cautelares diversas daquelas (prisões)”²⁰.

2.2 BREVE ANÁLISE SOBRE O INTERROGATÓRIO

Etimologicamente, a palavra interrogar vem do latim *interrogare* e significa inquirir, perguntar. Por conseguinte, o interrogatório é o meio pelo qual o juiz ou a autoridade policial ouve e indaga o acusado (ou investigado) sobre sua pessoa e acerca da imputação penal que lhe é feita. É nessa ocasião que o acusado poderá apresentar a sua versão de defesa em relação à imputação penal arguida sobre si, indicando meios de provas; confessar; ou, até mesmo, permanecer em silêncio.

Quanto à sua natureza jurídica, a doutrina apresenta divergências acerca da essência do interrogatório, questionando-se se este seria meio de prova ou meio de defesa.

Como exposto anteriormente, em um sistema inquisitorial o acusado figura como mero objeto do processo, razão pela qual o interrogatório é tratado como meio de prova. “Como tal, o acusado não pode deixar de responder às indagações que lhe forem feitas, está obrigado a responder e não pode invocar em seu benefício o direito ao silêncio”²¹.

Nesse viés, asseverando suas nuances inquisitoriais, o Código de Processo Penal vigente concebeu o instituto do interrogatório como meio de prova. Nesse sentido, destaca Lima:

¹⁸ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 30.

¹⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p.9.

²⁰ Ibid. p.8.

²¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 896.

A própria posição topográfica que o interrogatório ocupa no CPP, dentro do Capítulo III (“Do interrogatório do acusado”) do Título VII (“Da prova”) reforça esse entendimento. Além disso, antes da Lei nº 11.719/08 e da Lei nº 11.689/08, o interrogatório era o primeiro ato da instrução processual penal²².

Registre-se, por oportuno, que o interrogatório ainda é realizado pela autoridade judicial, ferindo de forma latente a imparcialidade do juiz e a estrutura acusatória do processo penal²³.

Em contraposição, alguns doutrinadores, de forma mais acertada, apresentam o interrogatório como meio de defesa, haja vista que o acusado, em virtude do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CRFB/88), não é obrigado a responder a qualquer questionamento feito pelo juiz, sem prejuízo à culpabilidade. “Ademais, o interrogatório é o momento para o réu, em desejando esboçar a versão dos fatos que lhe é própria, sendo expressão da autodefesa”²⁴.

Assim, conforme as lições de Nestor Távora,

o interrogatório pode funcionar até como fonte de prova, mas não deve ser enquadrado na vala comum dos meios de prova. O mais importante são as consequências processuais de considerar o interrogatório como meio substancial de defesa ligado ao princípio constitucional correlato. A primeira consequência já reconhecida é a impossibilidade de haver prejuízo ao imputado por ter invocado o direito ao silêncio, pois este não pode levar à presunção de culpa. Uma segunda seria a impossibilidade de condução coercitiva daquele que mesmo citado pessoalmente deixa de comparecer ao ato. A ausência deve ser encarada como expressão da autodefesa, evitando-se o constrangimento de trazer o réu mesmo a contragosto, para a audiência. Uma terceira consequência avistável é a impossibilidade de decretação da revelia do réu ausente, pois o não comparecimento não poderá trazer prejuízos processuais²⁵.

Existe, ainda, uma terceira corrente, atualmente predominante na doutrina, sustentada por Mirabete, pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que defende a natureza jurídica do interrogatório como híbrida ou mista, ou seja, como meio de prova e de defesa, simultaneamente. Essa natureza híbrida existiria em virtude das prerrogativas conferidas ao acusado (direito de permanecer em silêncio, por exemplo) e do fato que as informações colhidas a partir das declarações do réu servirão de base para a formação do convencimento do magistrado²⁶.

²² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 896.

²³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 552.

²⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10 ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 617.

²⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10 ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 617-618.

²⁶ Ibid., p. 618.

No tocante às suas características, o interrogatório é considerado como um ato personalíssimo, contraditório, público, oral, individual, bifásico e assistido tecnicamente.

Como afirma Renato Brasileiro de Lima, é um ato pessoal, pois “deve ser exercido pessoalmente pelo acusado. No caso de pessoa jurídica figurando no polo passivo da demanda, quem é interrogado é o seu representante legal”²⁷.

O interrogatório submete-se ao princípio do contraditório, de modo que há possibilidade do réu interferir durante a inquirição. Registre-se que, em se tratando do inquérito em sede policial, não há a figura do contraditório, uma vez que não existem partes e nem acusação técnica e formal²⁸.

Considera-se um ato público, a ser realizado a portas abertas, sendo o sigilo medida excepcional que deve ser tomada quando há risco de escândalo, inconveniente grave ou perturbação da ordem, conforme dispõe o art. 792, §1º, do CPP²⁹.

Também é tido como um ato oral, pois, via de regra, o acusado deve responder aos questionamentos oralmente. Na hipótese de o interrogador ser surdo, mudo ou surdo-mudo, o Código de Processo Penal traz algumas exceções, quais sejam: ao surdo, as perguntas serão apresentadas por escrito e ele as responderá oralmente; ao mudo, as perguntas serão feitas por escrito, respondendo-as por escrito; ao surdo-mudo, as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas. Nessas ocasiões, caso o interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo (art. 192 do CPP).

Caso o interrogado não fale a língua nacional, o interrogatório será feito por meio de intérprete (art. 193, CPP). Demais disso, se o interrogado não souber escrever, não puder ou não quiser assinar, tal fato será consignado no termo (art. 195 do CPP).

O interrogatório é tido como ato individual, haja vista que, segundo preleciona o art. 191 do *codex* processual penal, havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente, situação na qual “deve-se possibilitar ao advogado do corréu a possibilidade de formular reperguntas aos demais acusados, notadamente se as defesas de tais acusados se mostrarem colidentes, sob pena de violação à ampla defesa”³⁰.

É considerado bifásico, “isso porque, a partir da Lei n.º 10.792/03, foi inserida no art.

²⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 901.

²⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 560.

²⁹ TÁVORA, op. cit., p. 619.

³⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 906.

187 do Código Processual Penal a obrigatoriedade de o interrogatório ser subdividido em duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos”³¹.

Na primeira fase, o interrogado será qualificado e tomará ciência da acusação que recai sobre si, seguindo-se sua inquirição acerca do local onde reside, profissão, vida pregressa, dados familiares e sociais, entre outros. Na segunda e última parte, serão feitas ao acusado perguntas sobre a imputação que lhe é feita, se é verdadeira, se deve ser atribuída à outra pessoa, onde estava no momento em que a infração ocorreu, etc.

Tem-se, ainda, que o interrogatório é ato que deve ser assistido tecnicamente, ou seja, por advogado, estando assegurado o direito ao acusado de dialogar reservadamente com seu causídico em momento anterior a sua inquirição. A esse respeito, cumpre transcrever as considerações de Lima, *in verbis*:

Com as modificações produzidas pela Lei nº 10.792/03, o interrogatório judicial passou a ser um ato assistido tecnicamente, significando, por conseguinte, que a presença de advogado é indispensável à validade do ato. Nessa linha, dispõe o art. 185 do CPP que o acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. A constituição de defensor independe de instrumento de mandato, se o acusado o indicar por ocasião do interrogatório, esclarece o art. 266 do CPP. Além da presença obrigatória de defensor, deve o magistrado assegurar ao acusado o direito de se entrevistar prévia e reservadamente com seu defensor, sendo que, no caso de interrogatório por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso (CPP, art. 185, § 5º)³².

Nesse sentido, assevera Norberto Avena que a ausência de advogado durante o interrogatório do acusado gera nulidade absoluta do ato praticado, tendo em vista que viola de forma notória o princípio da ampla defesa.

Calhe-se que, em que pese o art. 6º do CPP trazer que o interrogatório policial obedecerá, no que for aplicável, ao procedimento do interrogatório judicial, a doutrina e a jurisprudência pátria entendem ser prescindível a presença do advogado do investigado em seu interrogatório, haja vista o caráter inquisitorial do inquérito policial, o qual não está sob a égide da garantia constitucional do contraditório³³.

A Lei n.º 11.719/2008, responsável pela reforma processual penal de 2008, trouxe alterações parciais em relação ao procedimento do interrogatório, principalmente no que concerne ao depoimento do acusado, com o intuito de amoldar as normas processuais aos

³¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 907.

³² Ibid. p. 907.

³³ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017, p. 379.

ditames constitucionais.

Antes da promulgação desse dispositivo legal, o interrogatório deveria ser realizado no início da instrução processual.

Nesse viés, a redação antiga do art. 394 do CPP trazia que o juiz, ao receber a queixa ou denúncia, deveria designar dia e hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu e a notificação do Ministério Público, e se fosse caso, do querelante ou do assistente. Em seguida, só após ser interrogado, o acusado era intimado para apresentar sua defesa prévia, ocasião em que a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa ocorria em momento ulterior, conforme a dicção do art. 395 do CPP, atualmente revogado.

Visando a viabilização do exercício da ampla defesa por parte do réu e a categorização da legislação processual penal como uma norma em consonância com o modelo acusatório, a Lei n.º 11.719/2008 modificou a regra supracitada, de modo que, no procedimento comum, o interrogatório passou a ser realizado ao fim da instrução processual, seguindo o que já previa a Lei n.º 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais. Nesta senda, o atual art. 400, *caput*, do CPP, prevê o seguinte:

Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

Insta registrar que também no procedimento do Tribunal do Júri o interrogatório ocorre em momento posterior à colheita de todas as provas orais, tanto na primeira fase, quanto no plenário do júri, conforme os artigos 411, *caput* e 474, *caput*, respectivamente³⁴.

Em alguns procedimentos especiais, como no da Lei n.º 11.343/06³⁵, conhecida como Lei de Drogas, o interrogatório segue sendo o ato inicial da instrução probatória³⁶.

³⁴ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Art. 411, *caput*. “Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, as acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se o debate”;

Art. 474, *caput*: “A seguir, será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III do Título VII do Livro I, com as alterações introduzidas nesta Seção”.

³⁵ BRASIL. **Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Art. 57: “Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição de testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz”.

³⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 897-898.

Contudo, o STF, no julgamento do HC/AM 127.900³⁷, entendeu que independentemente do que determina as leis especiais, o interrogatório será ao final.

Ainda sobre o assunto, deve-se suscitar a questão acerca da repetição do interrogatório já realizado nos processos iniciados antes das alterações promovidas pela Lei n.º 11.719/2008. O STF³⁸ entendeu que não existe a necessidade de realização de nova inquirição, visto que “há de se respeitar a integralidade do rito já iniciado, particularmente no que toca ao início da instrução, a fim de se evitar prejuízo ao devido processo legal”³⁹.

2.2.2 A obrigatoriedade do interrogatório

Malgrado o instituto do interrogatório esteja localizado no Código de Processo Penal no título que concerne às provas, é razoável que este seja considerado meio de defesa, pois nesta ocasião será oportunizado ao réu o direito de exercer sua autodefesa e de apresentar os fatos segundo sua ótica, sem que, no entanto, esteja obrigado a fazê-lo, podendo optar por ficar em silêncio.

Nesta toada, muito se discute na doutrina acerca da obrigatoriedade da realização do interrogatório. Entende-se que o que deve ser considerado obrigatório não é o interrogatório em si, mas sim a sua oportunidade ao acusado ou investigado, de modo que cabe ao réu a titularidade sobre o juízo de conveniência e a oportunidade de prestar, ou não, o seu depoimento, cabendo-lhe escolher a opção mais favorável para sua técnica defensiva⁴⁰.

No mesmo sentido, Nucci defende ser mais adequado que o interrogatório seja considerado definitivamente um ato processual facultativo, pois, como é assegurado ao acusado o direito ao silêncio, este deve comparecer para prestar declarações apenas se quiser. “Nessa hipótese, abrindo mão do direito ao silêncio, poderia oferecer os meios de prova e as teses que entendesse cabíveis, contando com o questionamento das partes, embora por intermédio do magistrado”⁴¹.

O art. 564, III, do CPP⁴², estabelece que a inobservância da realização do

³⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus - HC 127.900/AM. Rel. Min Dias Tóffoli. DJ 3/3/2016.

³⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. 1ª Turma, Habeas Corpus - HC 104.555/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 28/09/2010, Informativo n.º 602.

³⁹ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p.409.

⁴⁰ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p.385.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 400.

⁴² BRASIL. **Código de Processo Penal**. Art. 564: “A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: III – por falta das fórmulas ou termos seguintes: e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando for presente [...]”.

interrogatório do réu no curso do processo penal gera nulidade processual, no entanto, não esclarece se esta é relativa ou absoluta. Nesse ínterim, a jurisprudência pátria⁴³ e a doutrina majoritária entendem que “a falta do interrogatório, quando o réu se torna presente após o momento próprio, é nulidade relativa, isto é, somente deve ser reconhecida se houver provocação da parte interessada, demonstrando ter sofrido prejuízo⁴⁴”.

Faz-se relevante diferenciar o direito à oportunidade do interrogatório do direito a sua realização obrigatória. Se o réu é intimado, de forma regular, e não comparece à audiência, não se deve falar em nulidade, nem em direito futuro à repetição do interrogatório, haja vista o sobrepujamento da fase procedimental que engloba o exercício da autodefesa. Nesse sentido são os ensinamentos de Pacelli:

Que ele [o réu] tem direito a *ser ouvido* é mais que certo, independentemente da nova Lei n.º 10.792, pois já era uma exigência do pacto de San José da Costa Rica (art. 8º, 1). Todavia, o exercício desse direito ocorrerá segundo o devido processo legal, e não segundo a vontade exclusiva do réu. O eventual não comparecimento na data de audiência uma designada pelo juízo, *enquanto não justificado*, pode e deve ser entendido como manifestação do direito ao silêncio, afinal ninguém pode ser coagido a comparecer perante o juiz⁴⁵.

No entanto, caso não seja ofertada ao réu a oportunidade de se submeter ao interrogatório, deve ser imposta como sanção a nulidade absoluta do processo, porque, nesta situação, resta evidente a violação da ampla defesa.

Note-se que esta situação difere da exposta anteriormente, pois o que não pode acontecer “é a dispensa do ato pela autoridade, suprimindo do réu a possibilidade de exercitar a autodefesa ou a não requisição do réu que estava preso para que seja apresentado, ou tendo havido requisição, a não apresentação pelo poder público”⁴⁶.

Por isso, e por que se trata de exercício de *direito*, a ele não se poderá impor nem a *revelia*, que significa a dispensa de intimações para os atos subsequentes, nem a restauração da prisão para aquele que se encontrar em *liberdade provisória* (art. 310, caput e seu parágrafo único)⁴⁷.

Portanto, pautando-se no argumento de que o interrogatório é essencialmente um meio de defesa, conclui-se que a ausência do acusado no ato em comento não pode resultar na aplicação de sanções processuais, em razão da observância ao direito ao silêncio.

⁴³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus - HC 82.933-3/SP. Relatora: Min Ellen Gracie. DJ 27/3/2003.

⁴⁴ NUCCI, op. cit., p. 400.

⁴⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p.386.

⁴⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10 ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 657.

⁴⁷ PACELLI, op. cit., p.388.

Nesse caso, é vedada a aplicação do agravamento de medida cautelar imposta circunstancialmente, a não ser que o não comparecimento ao interrogatório seja um indício evidente de risco à aplicação da lei penal.

2.3 ART. 260 DO CPP: O EMPREGO DA CONDUÇÃO COERCITIVA PARA FINS DE INTERROGATÓRIO

Conforme preleciona o art. 260 do CPP, “se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”.

A partir da transcrição da norma processual, podemos definir o instituto mencionado como um meio de restrição temporária de liberdade, concedido à autoridade judicial, para forçar o comparecimento daquele que de modo injustificado desatendeu à intimação e cuja presença seja essencial para o desenrolar da persecução penal, seja no inquérito policial, seja na ação penal⁴⁸.

Para a efetivação da medida deve haver, além de uma decisão prévia e motivada exarada pela autoridade competente, o cumprimento de alguns pressupostos, quais sejam: a soma dos indícios de autoria com a prova da materialidade do crime; a imprescindibilidade da presença física do acusado (ou investigado) para realização de determinado ato, judicial ou administrativo; a recusa injustificada do acusado que foi intimado e não compareceu ao sobredito ato⁴⁹.

Sobre o tema, faz-se mister expor e debater dois pontos divergentes na doutrina.

Inicialmente, quanto ao dispositivo legal em comento, questiona-se acerca do alcance da competência da autoridade judicial em determinar a condução do acusado. Em síntese, interpela-se sobre a extensão de poder do juiz, ou seja, “se esse poder de condução estende-se a qualquer natureza de ato processual para o qual tenha sido o acusado notificado a fazer-se presente ou se, ao contrário, é restrito a determinados atos”⁵⁰.

⁴⁸ BRASIL. **Tribunal Regional Federal** - 1ª Região. Medida Cautelar Criminal: Busca e Apreensão: (BusApr) n.º 0042276-27.2013.4.01.0000/DF.g.n. Relator: Desembargador Cândido Ribeiro. JusBrasil, 2014 Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/311252199/o-que-e-afinal-a-conducao-coercitiva.htm>>. Acesso em: 02 set. 2018.

⁴⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 901.

⁵⁰ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 98.

Tal indagação extrai-se do próprio texto da regra perfilhada, que possibilita a utilização da condução coercitiva do acusado para interrogá-lo, reconhecê-lo ou para a realização de demais atos que exijam sua presença.

Por oportuno, a doutrina pátria diferencia os atos processuais em duas espécies, quais sejam, os de presença obrigatória e não obrigatória, admitindo a condução coercitiva na primeira e restringindo-a na segunda. Neste diapasão, Avena faz a diferenciação entre estes:

Atos de presença obrigatória: são aqueles que não se realizam sem a presença do acusado. É o caso, por exemplo, da audiência destinada ao seu reconhecimento por testemunhas. Nesta espécie de solenidade, a ausência injustificada do acusado prejudica a realização do ato, facultando-se, então, a ordem judicial de condução. **Atos de presença não obrigatória:** são aqueles que, embora a garantia constitucional da ampla defesa imponha ao magistrado o dever de facultar ao réu fazer-se presente, não restarão inviabilizados diante de seu não comparecimento. Como exemplo, a audiência para inquirição de testemunhas para a qual tenha sido regularmente notificado o imputado (Grifos nossos) ⁵¹.

Feita essa distinção, passa-se à análise da aplicação da condução coercitiva no interrogatório do acusado. Apesar de existir corrente doutrinária defendendo que a ausência imotivada do réu dá azo a sua condução forçada para que seja interrogado, este não deve ser considerado o entendimento mais correto.

Sob a ótica constitucionalista e a partir da definição da natureza jurídica do interrogatório como meio de defesa, é garantido ao acusado o direito ao silêncio, permitindo-se que este permaneça calado diante da autoridade judicial, haja vista que não é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Logo, pode-se concluir que o interrogatório é ato de presença não obrigatória, o que não gera ensejo, portanto, à decretação da condução coercitiva nesse caso.

O segundo ponto a ser discutido refere-se à possibilidade da utilização do art. 260 do CPP como fundamento para os atos produzidos pela autoridade policial, uma vez que a norma estudada traz apenas que a *autoridade* poderá mandar conduzir o agente, não especificando se essa referência se restringe à autoridade judicial ou se abarca também a autoridade policial.

Sobre o tema, registre-se, de plano, que o dispositivo legal utiliza o termo *acusado* e está localizado topograficamente no Capítulo III do Título VII do CPP, que trata especificamente do *acusado e seu defensor* ⁵².

Tecnicamente, a nomenclatura *acusado* é usada para definir aquela pessoa à qual já foi oferecida queixa-crime ou denúncia, ou seja, que é ré em um processo criminal submetido

⁵¹ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 98-99.

⁵² Ibid., 98-99.

ao crivo de um órgão jurisdicional. Desse modo, não há que se falar em acusado antes do início da fase processual, mas apenas em *investigado* ou *indiciado*. Ademais disso, “a condução coercitiva importa em privação momentânea da liberdade e, conforme estabelece o art. 5.º, LXI, da CF, a prisão de alguém apenas pode ser determinada mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade competente”⁵³.

Desse modo, tem-se que

a não ser que se queira retroceder à concepção autoritária do acusado como objeto de prova, cujo corpo pode ser coercitivamente submetido à condução pela polícia judiciária para fins de interrogatório policial, tido como verdadeiro meio de prova, somente o juiz natural da causa pode determinar a condução coercitiva do investigado (ou acusado)⁵⁴.

Portanto, apesar dessa concepção não ser seguida por algumas autoridades policiais, haja vista que todos os dias são veiculados na mídia casos em que há a determinação de condução coercitiva de meros investigados⁵⁵, melhor doutrina entende, corretamente, ser inadmissível no ordenamento pátrio que a polícia conduza coercitivamente suspeitos, de modo que tal ato só pode ser procedido quando precedido de ordem judicial fundamentada.

⁵³ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 99.

⁵⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 901.

⁵⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Prisão temporária não substitui condução coercitiva**. Conjur, 19 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-19/prisao-temporaria-nao-substitui-conducao-coercitiva>> . Acesso em: 15 set. 2018.

3 A CONDUÇÃO COERCITIVA E OS DIREITOS INDIVIDUAIS DO INTERROGADO

Apesar de o Código Penal brasileiro ter sido promulgado em 1941, data anterior à vigência da Constituição Federal (1988), a ideia de definição do Direito Processual Penal deve ser aliada aos pressupostos valorativos constitucionais, visando, dessa forma, à manutenção garantista inerente ao Estado Democrático de Direito. Consoante Pacelli,

para além da mera explicitação dos direitos fundamentais como a verdadeira e legítima fonte de direitos e obrigações, públicas e privadas, que deve orientar a solução dos conflitos sociais, individuais e coletivos, a atual ordem constitucional não deixa margem a dúvidas quanto à necessidade de se vincular a aplicação do Direito e, assim, do Direito Processual Penal, à tutela e à realização dos direitos humanos, postos como fundamentais na ordenação constitucional (arts. 5º, 6º e 7º, CF)⁵⁶.

Nessa perspectiva, tem-se que os princípios, que se apresentam como normas fundantes do sistema processual, sem os quais não se cumpriria a tarefa de proteção aos direitos fundamentais, não podem ser afastados da aplicação da legislação, haja vista que representam um instrumento essencial para a eficácia do ordenamento jurídico em sua completude. Logo, o Direito Processual Penal, é, essencialmente, um Direito de base constitucional, influenciado, diretamente, pelas normas principiológicas dispostas na Carta Política⁵⁷.

Desse modo, ao analisar o processo penal como um sistema jurídico de aplicação do Direito Penal, fundado nas bases sólidas da CRFB/88, verifica-se a existência de certos “princípios absolutamente inafastáveis e, por isso, fundamentais, destinados a cumprir a árdua missão de proteção e tutela dos direitos individuais”⁵⁸ em todos os atos praticados durante um inquérito policial ou numa ação penal, incluindo, assim, o interrogatório do investigado ou acusado.

3.1 O INTERROGATÓRIO E O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

A Constituição Federal, em seu art. 5º, LV, assegura ao acusado ou litigante, em processo judicial ou administrativo, a ampla defesa, bem como os meios e recursos a ela

⁵⁶ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 33.

⁵⁷ *Ibid.*, p.33.

⁵⁸ *Ibid.*, p.33.

inerentes. Essa garantia, considerada um princípio constitucional norteador do processo penal, pode ser definida como o direito que o indivíduo tem de introduzir no processo, de forma direta ou através da atuação de seu procurador, os argumentos, teses e meios de provas atinentes e admissíveis a sua defesa⁵⁹.

Para efetivar a aplicação da ampla defesa, a Carta Magna garante, em seu art. 5º, LXXIV, que o “Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Além disso, o Código de Processo Penal estabelece em seu art. 261 que “nenhum acusado, ainda que foragido, será processado ou julgado sem um defensor”, sendo causa de nulidade⁶⁰ absoluta a ausência deste no curso do processo.

No mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos⁶¹, da qual o Brasil é signatário, apresenta em seu art. 8.2 o “direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se livremente e em particular com seu defensor”.

Ademais, traz, ainda, incrustado em seu bojo “o direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei”.

O referido princípio subdivide-se em defesa técnica e autodefesa (defesa pessoal). A defesa técnica é a assistência prestada às partes que atuam no processo penal por uma pessoa que possui conhecimentos teóricos do Direito, ou seja, um advogado de defesa, defensor ou apenas advogado.

Essa subespécie encontra justificativa na necessidade de um equilíbrio funcional que deve existir entre a defesa e a acusação, bem como na presunção de hipossuficiência do réu, haja vista que este não possui conhecimentos necessários e suficientes para “resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador. Tal hipossuficiência leva o imputado a uma situação de inferioridade ante o poder da autoridade estatal encarnada pelo promotor, policial ou mesmo juiz”⁶².

Desse modo, conclui-se que a defesa técnica pode ser considerada uma exigência da sociedade por natureza, pois cabe ao imputado, de acordo com sua discricionariedade,

⁵⁹ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, passim 155-159.

⁶⁰ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Art. 564, III, “c”: A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...] III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos.

⁶¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Art. 8.2. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf>. Acesso em: 9 out. 2018.

⁶² LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 159.

“defender-se pouco ou mesmo não se defender, mas isso não exclui o interesse da coletividade de uma verificação negativa no caso do delito não constituir uma fonte de responsabilidade penal”⁶³.

Calhe-se que esse tipo de defesa é considerado indisponível, porque não se trata apenas de uma garantia conferida ao sujeito passivo, mas também de uma relevância coletiva que suscita o interesse social na apuração correta dos fatos. Ademais, cuida-se, ainda, de uma “verdadeira condição de paridade de armas, imprescindível para a concreta atuação do contraditório. Inclusive, fortalece a própria imparcialidade do juiz, pois, quanto mais atuante e eficiente forem ambas as partes, mais alheio ficará o julgador”⁶⁴.

Noutra toada, existem atuações de titularidade do investigado ou do acusado que tem o intuito de promover sua resistência à pretensão estatal de forma pessoal. Por meio de certos atos, o sujeito passivo atua pessoalmente em busca da sua defesa como indivíduo dotado de singularidade e de seu interesse privado, caracterizando-se, dessa forma, a autodefesa ou defesa pessoal.

A autodefesa manifesta-se de forma mais relevante no interrogatório policial e judicial. O doutrinador Aury Lopes Jr. classifica essa subespécie do princípio da ampla defesa de acordo com o seu caráter exterior, de modo que a atividade pode ser dividida em positiva ou negativa.

Assim, “o interrogatório é o momento em que o sujeito passivo tem a oportunidade de atuar de forma efetiva – comissão –, expressando os motivos e as justificativas ou negativas de autoria ou de materialidade do fato que se lhe imputa”⁶⁵.

É possível, também, no âmbito do interrogatório, que o imputado atue de forma negativa, por meio de uma completa omissão, negando-se a prestar declarações ou a contribuir com a atividade probatória promovida pelos órgãos estatais responsáveis pelas investigações, como acontece, por exemplo, nos casos que requerem intervenções corporais, fornecimento de material escrito para realização de perícia grafotécnica, reconstituição do fato, entre outros.

Também a autodefesa negativa reflete a disponibilidade do próprio conteúdo da defesa pessoal, na medida em que o sujeito passivo pode simplesmente se negar a declarar. **Se a defesa técnica deve ser indisponível, a autodefesa é renunciável. A autodefesa pode ser renunciada pelo sujeito passivo, mas é indispensável para o juiz, de modo que o órgão jurisdicional sempre deve conceder a oportunidade**

⁶³ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 159.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 160.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 162.

para que aquela seja exercida, cabendo ao imputado decidir se aproveita a oportunidade para atuar seu direito de forma ativa ou omissiva.⁶⁶ (Grifo nosso).

Nesse viés, a autodefesa positiva deve ser considerada o direito disponível do imputado de praticar atos voltados a sua resistência perante o poder de investigar do Estado, de modo que o sujeito passivo faça valer seu direito de liberdade.

Assim, o art. 5º, LV, da CRFB/88 é totalmente aplicável tanto ao interrogatório judicial quanto ao policial, uma vez que o acusado ou investigado, respectivamente, “tem o direito de saber em que qualidade presta as declarações, de estar acompanhado de advogado e, ainda, de reservar-se o direito de só declarar em juízo, sem qualquer prejuízo”⁶⁷.

Registre-se que, quanto ao valor probatório do interrogatório, este deve ser orientado pelo princípio da presunção de inocência, sendo interpretado como o meio principal de efetivação da autodefesa, tendo, conseqüentemente, a função de materializar o contraditório, oportunizando ao sujeito passivo possibilidade de refutar a imputação feita a ele ou aduzir argumentos para justificar sua conduta.

Desse modo, o interrogatório deve ser procedido sob a égide da Constituição Federal, respeitando sempre os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, sendo submetido a todas as regras concernentes à lealdade processual, de modo que haja a permissão de defesa para o sujeito passivo.

3.2 O DIREITO AO SILÊNCIO E O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO (*NEMO TENETUR SE DETEGERE*) DO INTERROGADO

Como exposto anteriormente, a autodefesa é um binômio composto por duas facetas: positiva e negativa. Viu-se que a defesa pessoal positiva, defendida por Aury Lopes Jr., nada mais é do que a atuação do sujeito passivo no interrogatório para realizar a sua defesa. No presente tópico será abordada a defesa pessoal negativa do interrogado, na qual o imputado possui o direito de permanecer em silêncio, não podendo sua omissão ser interpretada em seu prejuízo.

Partindo da premissa que o interrogatório possui a natureza jurídica de meio de defesa, ele não deve ser considerado um dever, mas sim um direito que, quando exercido, seja livre de qualquer ameaça ou pressão, sendo sempre assegurado ao sujeito passivo o direito ao silêncio e o de não fazer prova contra si mesmo.

⁶⁶ Ibid., p. 162.

⁶⁷ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 163.

Por relevante, quando o imputado realiza algum ato com o fito de constituir uma “prova de cargo, colaborando com a acusação, essa atividade não deve ser considerada como autodefesa positiva, mas sim como renúncia à autodefesa negativa, pois nesse caso o imputado deixa de exercer seu direito de não colaborar com a atividade investigatória estatal”⁶⁸.

O direito ao silêncio que, em si, constitui apenas uma das manifestações possíveis do princípio da não autoincriminação, originou-se entre a Idade Média e a Renascença, revelando-se uma importante conquista decorrente da processualização da jurisdição penal após a queda do Absolutismo⁶⁹.

Positivado pelo art. 5º, LXIII, da Magna Carta de 1988, o direito de permanecer calado, seja na fase extrajudicial, seja na fase judicial, ia de encontro à parte final do art. 186 do Código de Processo Penal que, em sua redação antiga, previa que o silêncio do imputado poderia ser interpretado em prejuízo de sua própria defesa⁷⁰.

Entretanto, levando-se em consideração a Teoria da Hierarquia das Normas e a Pirâmide de Kelsen, conclui-se que não houve a recepção desse trecho do mencionado artigo pelo texto constitucional. Ademais, “com a modificação introduzida pela Lei n.º 10.792/2003, torna-se claro o acolhimento, sem nenhuma ressalva, do direito ao silêncio como manifestação e realização da garantia da ampla defesa”⁷¹.

No mesmo sentido, o Pacto de San José da Costa Rica⁷², em seu art. 8.1, assegurou ao preso e ao acusado, “em todas as fases do processo, o direito a permanecer calado. Embora não haja previsão expressa do direito a não autoincriminação, pode-se, contudo, extrair o princípio do sistema de garantias constitucionais”⁷³.

A priori, o direito de calar impõe à autoridade, policial ou judicial, responsável pela realização do interrogatório, o dever de informar ao imputado de que este não está obrigado a responder as inquirições que lhe forem feitas. Se o calar é um direito conferido ao sujeito passivo “e ele tem de ser informado do alcance de suas garantias, passa a existir o

⁶⁸ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 165.

⁶⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p.201.

⁷⁰ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Art. 186 (anterior à redação dada pela Lei n.º 10.792/2003): “Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”.

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 410.

⁷² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Art. 8.1. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf>. Acesso em: 9 out. 2018.

⁷³ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p.201.

correspondente dever do órgão estatal a que assim o informe, sob pena de nulidade do ato por violação de uma garantia constitucional”⁷⁴.

O princípio do direito ao silêncio “atua ainda na tutela da integridade física do réu, na medida em que autoriza expressamente a não participação dele na formação da culpa”⁷⁵, bem como no controle da idoneidade e da qualidade do material probatório e na motivação das decisões judiciais, principalmente das condenatórias.

Com efeito, ao permitir-se, como regra legal, o silêncio no curso da ação penal, o sistema impede a utilização, pelo(s) julgador(es), de critérios exclusivamente subjetivos na formação do convencimento judicial. Dessa maneira, procura-se evitar que eventuais hesitações, eventuais contradições, não relevantes, ou, ainda, lapsos de memória ou coisa que o valha, presentes no momento do interrogatório do réu, sirvam de motivação suficiente para o convencimento do juiz ou do tribunal. **De outra forma: evita-se o estímulo à cultura do quem cala consente, que não oferece padrões mínimos, seja de ordem psicanalítica, jurídica, espiritual, seja de qualquer outra espécie, para a reprodução de verdade alguma**⁷⁶. (Grifo nosso).

Assim, de acordo com a Psicologia do Direito, o silêncio não pode ser visto como uma presunção de confissão apenas porque o sujeito passivo deixou de se manifestar na ocasião oportuna, haja vista que existem diversas causas que podem levar o investigado ou acusado inocente a se calar no momento do interrogatório. Além disso, a própria natureza dos princípios processuais penais impede que a doutrina, o ordenamento jurídico brasileiro e o Poder Judiciário aceitem a institucionalização de uma suposta “confissão presumida”, devendo sempre haver a prevalência do Princípio Constitucional da Inocência⁷⁷.

Em que pese a Constituição Federal ter consagrado, em seu bojo, apenas que o “preso será informado dos seus direitos, entre os quais de permanecer calado” (Art. 5º, LXIII), o direito ao silêncio representa a uma manifestação de uma garantia maior, protagonizada pelo princípio *nemo tenetur se detegere*, “segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório”⁷⁸.

Essencialmente, o princípio da não autoincriminação, intimamente ligado à ampla defesa e à presunção de inocência, possui um caráter negativo, pois confere ao sujeito passivo um verdadeiro direito de não fazer, ou seja, um direito de não colaborar com as investigações,

⁷⁴ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 165.

⁷⁵ PACELLI, op. cit., p.201.

⁷⁶ Ibid., p. 201.

⁷⁷ CARVALHO, Ivan Lira de. **O Silêncio do Acusado, em Face da Constituição de 1988**. Ensaio. Justiça Federal do Rio Grande do Norte. Ano: 2011, p. 1-3. Disponível em: <www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/docs/doutrina196.doc>. Acesso em: 22 set. 2018.

⁷⁸ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 165.

tendo em vista que a partir dessa máxima, o imputado não é obrigado a produzir provas contra si mesmo, sendo-lhe assegurado, conseqüentemente, uma posição omissiva e não comissiva. “Destarte, o imputado não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita etc.) etc.”⁷⁹.

Anote-se que, para tanto, não se justificam atitudes tomadas por parte do investigado ou acusado para destruir provas, pois, caso tais condutas fossem admitidas, haveria a possibilidade de se invocar o *nemo tenetur se detegere* para a legitimação de certos crimes, como, por exemplo, a morte de uma testemunha que tenha presenciado determinado homicídio e a ocultação de seu cadáver⁸⁰.

Conforme se extrai das lições de Ferrajoli, o princípio da não autoincriminação “é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recepcionada, a partir do século XVII, no Direito inglês”⁸¹.

A partir disso, desdobram-se como corolários: a proibição da tortura espiritual e da obtenção de confissão através da violação de sua consciência através de manipulações psíquicas, com hipnose ou drogas; o direito ao silêncio; e o direito do sujeito passivo de ter a assistência de seu advogado durante o interrogatório, para coibir qualquer tipo de violação das garantias constitucionais e processuais.

Relacionando diretamente o interrogatório, no contexto do art. 260 do Código de Processo Penal, com o direito ao silêncio, observa-se que esse último

é muito mais amplo e inscreve-se na dimensão do princípio do *nemo tenetur se detegere*. Conjugando-se com a presunção constitucional de inocência, bem como com a necessária recusa a matriz inquisitória, **é elementar que o réu não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa**. Mais, frise-se: a recusa não autoriza qualquer presunção ou mesmo indício de culpa⁸². (Grifo nosso).

Nesse íterim, levando-se em consideração que o interrogatório representa, em sua essência, uma oportunidade conferida ao réu de colocar em prática o seu direito de defesa, não parece sensato obrigá-lo a comparecer ao ato, constrangendo-o a tanto.

Para a efetivação do exercício da ampla defesa, interessa apenas que o sujeito passivo seja intimado, nos ditames da lei, e, a partir disso, analise e sopesse se deve

⁷⁹ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 166.

⁸⁰ QUEIROZ, Paulo. **Princípio da não autoincriminação**. Ano: 2017. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/principio-da-nao-autoincriminacao/>>. Acesso em: 23 set. 2018.

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – teoríadel garantismo penal*. 2. ed., Madrid, 1997, p. 608 apud LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 166

⁸² LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 166.

comparecer, ou não, à inquirição. “Consequentemente, qualquer ameaça ou constrangimento no sentido de fazê-lo comparecer ao ato contra a sua vontade será ilegal, abusivo” ⁸³.

Destarte, fica nítido que a condução coercitiva do investigado ou acusado para a realização de interrogatório viola de forma latente o princípio da não autoincriminação, de modo que, de acordo com o Tourinho Filho:

Se o acusado tem o direito de constitucional de permanecer calado, por óbvio não se justifica a condução coercitiva para que se proceda a interrogatório. Parece mesmo que o art. 260 tinha importância antes de a Constituição haver consagrado o direito ao silêncio, para que o Juiz pudesse valer-se das regras do art. 186, última parte, e 198, ambos do CPP. Tendo tais normas sido revogadas, parece claro que com elas também desapareceu, no particular, a razão da condução coercitiva. É verdade que o art. 260 cuida também da necessidade da presença do acusado para um reconhecimento, acareação ou qualquer ato sem que ele não possa ser realizado. Quanto ao reconhecimento ou acareação, sabe-se que o réu não está obrigado a fornecer prova contra si mesmo, e, desse modo, injustificável seria a condução coercitiva ⁸⁴.

Ante o exposto, por meio do princípio do *nemo tenetur se detegere*, “o sujeito passivo não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa” ⁸⁵. Através dessa garantia, assegura-se a liberdade moral do imputado (autodeterminação), de modo que cabe ao investigado/acusado determinar o seu próprio comportamento sem ficar a mercê de qualquer tipo de imposição externa.

3.3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E AS MEDIDAS CAUTELARES

Considerando os direitos e garantias assegurados ao interrogado tanto pela Carta Política quanto pelo Código de Processo Penal, que facultam ao investigado/acusado a oportunidade de comparecer ao interrogatório, haja vista que este instituto configura meio de defesa, não seria admissível, sob a ótica do prisma do garantismo penal, a decretação da condução coercitiva do sujeito passivo para sua inquirição.

No entanto, na prática, medidas arbitrárias são utilizadas para compelir o imputado a praticar atos contra a sua vontade. Uma delas é justamente o emprego da condução coercitiva como medida cautelar com o intuito de forçar o investigado/acusado a comparecer perante a autoridade (policial ou judicial) para que se proceda ao seu interrogatório. Para entender se tal

⁸³ QUEIROZ, Paulo. **Princípio da não autoincriminação**. Ano: 2017. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/principio-da-nao-autoincriminacao/>>. Acesso em 23 de setembro de 2018.

⁸⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.718.

⁸⁵ LOPES Jr., op. cit. p. 503.

hipótese é legalmente possível, faz-se necessária uma análise acerca das medidas acautelatórias.

Assim, de plano, deve-se entender que, em busca da efetivação da lei penal, da priorização da investigação ou da instrução criminal em detrimento do indivíduo e do combate à prática de infrações penais, o legislador positivou, por meio da Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011, algumas restrições ao *status libertatis* do cidadão, denominadas medidas cautelares penais.

A referida legislação foi responsável por trazer relevantes alterações no trato das prisões e da liberdade provisória, inserindo várias alternativas ao cárcere a serem aplicadas de acordo com gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado⁸⁶.

A partir das mudanças promovidas pela lei supracitada, o Código de Processo Penal passou a prever um rol, frise-se, taxativo, de medidas alternativas à prisão, quais sejam: comparecimento periódico em juízo (art. 319, I); proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (art. 319, II); proibição de manter contato com pessoa determinada (art. 319, III); proibição de ausentar-se da Comarca (art. 319, IV); recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (art. 319, V); suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira (art. 319, VI); internação provisória do acusado imputável ou semi-imputável (art. 319, VII); fiança (art. 319, VIII); monitoração eletrônica (art. 319, IX); proibição de ausentar-se do país (art. 320).

Conceitualmente, no âmbito da persecução penal, as medidas acautelatórias abarcam todas as restrições a direitos pessoais e à liberdade de locomoção impostas antes do trânsito em julgado. Desse modo, tendo em vista que o emprego de uma medida cautelar a um cidadão nada mais é do que um ato processual limitador do direito fundamental da liberdade pessoal, deve haver a estrita observância do princípio da legalidade. A esse respeito, Nucci consigna:

A medida cautelar, tal como estampada no Código de Processo Penal, é um instrumento restritivo de liberdade, de caráter provisório e urgente, diverso da prisão, como forma de controle e acompanhamento do acusado, durante a persecução penal, desde que necessária e adequada ao caso concreto⁸⁷.

Tal princípio está positivado tanto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988, quanto no art. 1º do Código Penal, *in verbis*: “não há crime sem lei anterior que o

⁸⁶ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Art. 282, II: “adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”.

⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 32.

defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Para Tucci, esse instrumento de garantia dos direitos do homem

trata-se, outrossim, como dessumível, num relance, de seu enunciado, de uma rígida limitação ao *ius puniendi* do Estado, em sua confrontação com o *ius libertatis* do indivíduo integrante da comunidade, que se consolidou, embora com algumas mutações desinibidoras de sua essencialidade, e, como visto, a partir do Iluminismo, numa conquista do direito penal liberal⁸⁸.

Dessa garantia decorre o princípio da tipicidade que, na seara processual, determina que as hipóteses de privação de liberdade sejam taxativas. Nesse viés, resta evidente que as medidas cautelares processuais penais são apenas aquelas expressas em lei e nos casos estritos que a legislação as autoriza, estando os Estados obrigados a estabelecer, de maneira prévia, as causas e condições da limitação à liberdade física⁸⁹.

Ademais disso, a Convenção Americana de Direitos Humanos arremata, em seu art. 7º, item 2, que “ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”⁹⁰.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos ratifica que “ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos”⁹¹.

A ideia de liberdade exposta pelos dois diplomas supralegais mencionados compreende não só a privação *stricto sensu*, mas também qualquer caso que restrinja a liberdade física do imputado, incluindo “os comportamentos corporais que pressupõem a presença física do titular do direito e que se expressam normalmente em um movimento

⁸⁸ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 249.

⁸⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal**: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. Ano 2018. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/set-de-2011-as-novas-medidas-cautelares-alternativas-a-prisao-e-o-alega-do-poder-geral-de-cautela-no-processo-penal-a-impossibilidade-de-decretacao-de-medidas-atipicas.html>>.

Acesso em: 9 out. 2018.

⁹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Álvarez e LapoIníguez vs. Equador**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 21-11-2007: “Enlo que al artículo 7 de la Convención respecta, éste protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico”. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/seriec_189_esp.pdf>. Acesso em: 9 out. 2018.

⁹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**, de 6 de julho de 1992. Art. 9.1. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.html>. Acesso em: 9 out. 2018.

físico”⁹², como ocorre quando da decretação da condução coercitiva para fins de interrogatório.

Nesse ínterim, diante do fato de que só pode haver afetação da liberdade pessoal do imputado por meio de disposição legal,

a adoção de medidas atípicas, porque não previstas em lei como aptas a privar ou restringir o direito de liberdade em sede de medida cautelar, encontra inafastável barreira no pressuposto formal do princípio da legalidade. Ainda que a medida seja adequada, necessária e proporcional, se a restrição ao direito fundamental não estiver prevista em lei, não será legítima. Aliás, Cuellar Serrano, após observar que a superação do princípio da legalidade pode levar a “uma função perversa” do princípio da proporcionalidade, destaca que “a inobservância do princípio da legalidade evita toda discussão posterior sobre o princípio da proporcionalidade”. Em suma, sob nenhum aspecto, a proporcionalidade pode ser utilizada para justificar a supressão das garantias individuais em prol de uma supremacia do interesse público na eficácia da repressão e, muito menos, ser invocada sem o respeito ao pressuposto formal do princípio da legalidade, a exigir lei escrita, estrita e prévia, que preveja qualquer restrição a direito fundamental⁹³. (Grifo nosso).

Imperioso destacar que no processo penal a forma é garantia, pois representa, ao mesmo tempo, tanto um limite de poder (nesse caso, estatal), quanto uma garantia para o imputado. Nesta senda, assevera Aury Lopes Jr.:

O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o **Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o due process of law estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder**⁹⁴. (Grifo nosso).

Logo, sob a ótica do princípio da legalidade, é intolerável que, por meio da interpretação extensiva da norma, a liberdade de locomoção do cidadão submetido ao processo penal seja afetada de qualquer forma. Isso porque, à luz do devido processo penal, os “provimentos estatais dessa ordem acabam por criar hipóteses novas de restrições (diga-se) judiciais — e não legais — de liberdade de locomoção, para além daquelas expressamente trazidas ao direito positivo pelo Poder legitimado para tanto (Legislativo)”⁹⁵.

Portanto, considerando-se que a existência de uma lei formal configura uma garantia indispensável à manutenção dos valores de um Estado Democrático de Direito, não se admite

⁹² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, de 22 de novembro de 1969. Art. 7.2. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf>. Acesso em: 9 out. 2018.

⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal**: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. Ano 2018. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/set-de-2011-as-novas-medidas-cautelares-alternativas-a-prisao-e-o-alega-do-poder-geral-de-cautela-no-processo-penal-a-impossibilidade-de-decretacao-de-medidas-atipicas.html>>. Acesso em: 9 out. 2018.

⁹⁴ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 622.

⁹⁵ GARCETE, Carlos Alberto. Condução coercitiva no processo penal como nova modalidade (judicial) de medida cautelar pessoal. In: _____. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, ano 4, n.º 1, 2018, p. 11.

a imposição de qualquer medida cautelar diversa das elencadas pelo legislador, seja no CPP, seja em leis esparsas, pois o poder de punir estatal deve se submeter aos limites normativos ferrenhos impostos pelo princípio da legalidade e da tipicidade processual.

3.3.1 A impossibilidade da condução coercitiva como forma de medida cautelar inominada

Como exposto no tópico anterior, as medidas cautelares são taxativas e devem estar sempre previstas em lei para que possam ser empregadas. Ocorre que, apesar disso, a máquina estatal, representada pela Polícia e Pelo Poder Judiciário, maculada pelo ranço deixado pelo sistema inquisitivo e buscando a eficiência da investigação, vale-se de medidas constritivas de direito com a escusa de alcançar seus objetivos na persecução criminal, acarretando, por vezes, o desrespeito às garantias e direitos individuais do investigado (ou réu).

Trazendo para o campo da matéria ora discutida, observa-se que a condução coercitiva, instituto pelo qual o acusado/investigado é privado de sua liberdade de locomoção durante um período de tempo necessário para que seja levado à presença de autoridade, judicial ou administrativa, e participe de ato processual penal no qual sua presença seja indispensável⁹⁶, não consta no rol dos artigos 319 e 320 do CPP. Apesar disso, vem sendo utilizada, erroneamente, como medida cautelar autônoma.

Inicialmente, para entender tal equívoco, deve-se destacar que a medida cautelar é uma figura importada do processo civil, onde há o reconhecimento da existência de um poder geral de cautela conferido aos magistrados, que possibilita a manifestação dos membros do Poder Judiciário sempre que vislumbrem um possível dano decorrente do atraso do processo principal ou para que providenciem, preventivamente, a eliminação de qualquer perigo, através dos meios que considerem apropriados no caso concreto⁹⁷.

Assim, “o juiz cível possui amplo poder de lançar mão de medidas de cunho acautelatório, mesmo sendo atípicas as medidas, para efetivar a tutela cautelar”⁹⁸.

O poder geral de cautela é, portanto, um poder atribuído ao Estado-juiz, destinado a autorizar a concessão de medidas cautelares atípicas, assim compreendidas as medidas cautelares que não estão descritas em lei, toda vez que nenhuma medida cautelar típica se mostrar adequada para assegurar, no caso concreto, a efetividade do processo principal. Trata-se de poder que deve ser exercido de forma subsidiária,

⁹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 900 passim.

⁹⁷ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*. Pádova, Cedam, 1936, p. 47 apud LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 622.

⁹⁸ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 622.

pois que se destina a completar o sistema, evitando que fiquem carentes de proteção aquelas situações para as quais não se previu qualquer medida cautelar típica⁹⁹.

Ocorre que o uso indeterminado do poder de cautela gera permissividade para que as autoridades ajam de forma arbitrária, conferindo a elas o poder de submeter o sujeito passivo à medidas que extrapolam os ditames impostos pela lei.

Parte da doutrina, analisando o art. 3º do CPP¹⁰⁰ sob o prisma do art. 297 do Código de Processo Civil¹⁰¹, afirma que é possível, através da analogia, conceber a aplicação do poder geral de cautela no processo penal.

Todavia, essa analogia, notadamente *in malam partem*, pois além de ferir a segurança jurídica e a instrumentalidade das formas, viola o princípio da legalidade e desrespeita o direito à liberdade pessoal, gerando malefícios ao imputado, não é cabida, haja vista que tanto o processo civil quanto o penal possuem categorias jurídicas próprias, de modo que a aplicação literal da doutrina que rege um no outro configura um grande equívoco¹⁰², uma verdadeira impropriedade. Nesse sentido, algumas diferenciações devem ser apontadas.

Em se tratando da matéria processual civil, afirma-se que o requisito e o fundamento das medidas cautelares são, respectivamente, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*¹⁰³ (probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo), ao passo que, no processo penal, “o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito¹⁰⁴ de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível”¹⁰⁵ (*fumus commissi delicti*).

Em relação ao perigo decorrente da demora vê-se que, diferentemente do que ocorre com as medidas cautelares (reais ou patrimoniais) do processo civil, em se tratando de medidas coercitivas pessoais, “o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado”¹⁰⁶, como, por exemplo, o risco ao desenvolvimento do processo decorrente da conduta do sujeito passivo. Nesse caso, não é o lapso temporal que

⁹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Volume III. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49.

¹⁰⁰ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Art. 3º. “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

¹⁰¹ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Art. 297. “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória”.

¹⁰² LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 620.

¹⁰³ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Art. 300. “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”.

¹⁰⁴ Nesse ponto, Aury Lopes Jr. (op. cit, p. 620) questiona como seria possível afirmar que o delito é a “fumaça do bom direito”, uma vez que o crime representa justamente o oposto: a negação do direito.

¹⁰⁵ LOPES Jr., Aury. op. cit. p. 620.

¹⁰⁶ Ibid., p. 621.

proporciona o perecimento do objeto, mas sim a situação de liberdade na qual o indivíduo se encontra (*periculum libertatis*).

Ademais disso, faz-se mister observar que

os bens e interesses em jogo em um e em outro são significativamente distintos. O paralelo, neste ponto, é perigoso e inconveniente. A aplicação subsidiária de normas da processualística cível, bem entendido, há de ser acerca de questões de segunda importância, mormente procedimentais, em caso de lacuna do Estatuto Processual Penal. As medidas cautelares e as restrições à liberdade que trazem a reboque seguramente não se situam na periferia dos temas. Geram consequências sensíveis e diretas no direito de ir e vir. Deixá-las ao talante da autoridade judiciária seria abrir campo a arbitrariedades¹⁰⁷.

Abalizadas tais impropriedades, depreende-se que o uso da condução coercitiva como uma medida cautelar autônoma, decorrente da Teoria do Poder Geral de Cautela, não deve ser admitida, isso porque, diante da inexistência de previsão legal, essas medidas são absolutamente ilegais. A propósito, não é outro o entendimento de Aury Lopes Jr, *in verbis*:

Como todas as medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais) implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. **Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais a partir de analogias, menos ainda com o processo civil, como é a construção dos tais “poderes gerais de cautela”.** Toda e qualquer medida cautelar no processo penal somente pode ser utilizada quando prevista em lei (legalidade estrita) e observados seus requisitos legais no caso concreto¹⁰⁸.

De mais a mais, essa falta de disciplina legal proporciona uma ausência de forma processual, que possibilita o cometimento de diversas arbitrariedades em detrimento do indivíduo conduzido contra a sua vontade, como o cerceamento de defesa ou a inobservância de direitos fundamentais.

Na prática, a condução coercitiva do investigado/acusado para fins de interrogatório revela-se como uma verdadeira estratégia persecutória, na qual há uma restrição de liberdade do imputado, através da sua retirada provisória de “circulação”. Nesses casos, o sujeito passivo é neutralizado e manejado como objeto daquela persecução criminal, sendo utilizada como justificativa, para tanto, uma suposta necessidade de se assegurar uma eficiente colheita de prova¹⁰⁹.

Nesse viés, é notório que essa condução coercitiva não é empregada como uma verdadeira espécie de medida acautelatória pessoal, visto que, na maioria das vezes, a sua

¹⁰⁷ FREYESLEBEN, Luiz Eduardo Ribeiro. Medidas cautelares processuais penais e presunção de inocência. In: _____. **Revista do CEJUR/TJSC**: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 02, p. 42 - 72, out. 2014, p. 15.

¹⁰⁸ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 623.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 395. Origem: Distrito Federal (DF). Relator Atual: Min. Gilmar Mendes. **Memoriais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) atuando na condição de Amicus curiae**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=496236>>. Acesso em: 09 out. 2018, p. 21.

decretação não está baseada no *periculum libertatis*, sendo determinada apenas para garantir a execução da colheita de prova ou para estimular a autoincriminação. É que, a bem da verdade,

A prática da condução coercitiva como medida cautelar inominada revela que o instituto tem sido utilizado com o objetivo, mais ou menos declarado, de inocuização provisória do indivíduo. O imputado é destituído de seus direitos e isolado, não porque haja indícios de perturbação ao desenvolvimento da investigação, mas para “acautelar a coleta probatória durante a deflagração de uma determinada operação policial ou permitir a conclusão de uma certa investigação criminal urgente”¹¹⁰. (Grifo nosso).

Logo, essa medida configura uma genuína privação arbitrária da liberdade do cidadão, o que fere diretamente os princípios e garantias basilares de um Estado Democrático de Direito. Esse tipo de utilização desvirtuada do instituto da condução coercitiva “afigura-se flagrantemente ilegal ante a visão vertical de interpretação constitucional do Processo Penal, por reluzente afronta, dentre outros, aos princípios do devido processo penal e da legalidade estrita”¹¹¹.

Assim, ante o exposto, conclui-se que no direito processual penal “não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela”¹¹², uma vez que todo poder deve estar vinculado aos limites e às formas legais. Isso implica dizer, nesses termos, que não se vislumbra a possibilidade, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, da utilização da condução coercitiva como medida cautelar penal autônoma.

¹¹⁰ **Ciências Criminais (IBCCRIM) atuando na condição de *Amicus curiae*.** Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=496236>>. Acesso em: 09 out. 2018, p. 21.

¹¹¹ GARCETE, Carlos Alberto. Condução coercitiva no processo penal como nova modalidade (judicial) de medida cautelar pessoal. In: _____. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, ano 4, n.º 1, 2018, p. 11.

¹¹² LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 622.

4 A NÃO RECEPÇÃO DA CONDUÇÃO COERCITIVA DO INVESTIGADO/ACUSADO PELO TEXTO CONSTITUCIONAL

Como exposto no primeiro capítulo do presente trabalho¹¹³, a condução coercitiva de suspeitos, investigados ou acusados em procedimentos criminais está disposta no art. 260 do Código de Processo Penal, que prediz a possibilidade da autoridade conduzir compulsoriamente o imputado à sua presença para que se proceda à realização de determinados atos que devem se desenvolver no inquérito policial ou na ação penal, dentre eles, o interrogatório, objeto de estudo desta pesquisa.

Todavia, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, consequentemente, com o advento da positivação do direito ao silêncio conferido ao sujeito passivo¹¹⁴, a referida previsão legislativa foi (ou deveria ter sido) superada, passando a ser contestada pela doutrina, haja vista que se é ofertada ao indivíduo a opção de calar-se e de não responder perguntas como forma de manifestação do exercício do silêncio como meio de defesa, não faz sentido que seja feito o uso de intimidação ou força mediante a privação de liberdade durante a colheita de seu depoimento¹¹⁵.

Pois bem, a discussão acerca da legitimidade do emprego da força com o intuito de conduzir investigados/acusados para serem interrogados se acentuou diante do vultoso número de conduções coercitivas determinadas no curso de operações investigatórias de grande porte (cite-se, por exemplo, a Lava Jato¹¹⁶), nas quais os magistrados, baseando-se num poder de cautela invisível e, interpretando de forma extensiva o art. 260 do CPP, expediam mandados¹¹⁷ para que os imputados fossem conduzidos de forma compulsória, independentemente de prévia intimação, caracterizando, assim, a utilização da medida para

¹¹³ Cf. item 1.3 do capítulo 1.

¹¹⁴ Cf. item 2.1 do capítulo 2.

¹¹⁵ BOTTINO, Thiago. A inconstitucionalidade da condução coercitiva. In:_____. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Ano 26, n.º 305, abr. de 2018, p. 2.

¹¹⁶ Em síntese, a Operação Lava Jato, deflagrada pela Polícia Federal em 17 de março de 2014, visou a desarticular um esquema de lavagem de dinheiro e evasão de divisas que movimentou cerca de bilhões de reais. As investigações revelaram a existência de um grupo brasileiro especializado no mercado ilegal de câmbio, com o envolvimento de funcionários que possuíam cargos detentores de poder decisório na Empresa Pública Petrobrás. O *modus operandi* caracterizava-se pelo pagamento de propina por parte de executivos de empreiteiras, que assinavam contratos com a companhia de petróleo e com diversos integrantes da classe política. Entre os crimes investigados constavam o de corrupção (ativa e passiva), gestão fraudulenta, organização criminosa, obstrução da justiça, operação fraudulenta de câmbio e recebimento de vantagem indevida.

¹¹⁷ Até o dia 14 de outubro de 2018, foram executadas 227 conduções coercitivas na Operação Lava Jato, número quase equivalente à soma de todas as prisões decretadas no curso da investigação – 264, sendo 120 preventivas, 138 temporárias e 6 (seis) em flagrante. Informação disponível em <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado.html>>. Acesso em: 14 out. 2018.

fins ilegítimos, de modo a banalizar o instituto.

Os juízes justificavam a determinação das conduções coercitivas por meio do argumento da viabilidade da investigação, pois, segundo eles, nos casos em que vários investigados são conduzidos ao mesmo tempo, evita-se uma possível combinação de versões a respeito dos fatos apurados e dificulta-se a destruição de provas.

Diante disso, a inconstitucionalidade do art. 260 do CPP foi arguida perante o Supremo Tribunal Federal pelo Partido dos Trabalhadores (PT), através de uma ação do controle concentrado de constitucionalidade, no caso, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 395, proposta em abril de 2016, e, *a posteriori*, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), mediante a ADPF n.º 444, em março de 2017.

A ADPF n.º 395 tinha como objeto a vedação da utilização da medida coercitiva tanto na investigação, em âmbito policial, quanto na instrução criminal, fundamentando-se em alegada violação ao direito a não autoincriminação, pleiteando, por conseguinte, a declaração de inconstitucionalidade da medida como cautelar autônoma concedida para a inquirição de suspeitos, indiciados ou acusados em qualquer investigação de natureza criminal.

Em sua exordial, a agremiação partidária levantava o argumento de que o direito a não autoincriminação é um direito fundamental, que dimana da dignidade da pessoa humana. Demais disso, aduzia que o art. 260 do CPP, que dá à autoridade o poder de mandar conduzir o acusado à sua presença para ser interrogado, não foi recepcionado pela Magna Carta de 1988, por ser incompatível com o direito de não se autoincriminar. Afirmava, ainda, que a condução coercitiva do investigado para ser interrogado, como medida cautelar, tampouco é compatível com o mesmo preceito constitucional¹¹⁸.

Por sua vez, a ADPF n.º 444 era mais restrita quanto ao objeto, tendo em vista que buscava a declaração de não recepção parcial do art. 260 do CPP apenas no que tange à permissão do uso da condução coercitiva do *investigado* para a realização de interrogatório. Subsidiariamente, pleiteava que a interpretação extensiva para a aplicação dessa medida em situações que extrapolam os estritos termos do dispositivo legal supracitado, que permite a condução coercitiva para interrogatório em fase de investigação sem intimação prévia e ausência injustificada, fosse declarada incompatível com a CRFB/88.

¹¹⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 395/DF e 444/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 18 de dezembro de 2017. Data de Publicação: 19 de dezembro de 2017, p 35. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4962368>>. Acesso em: 9 out. 2018.

Para tanto, sustentava que as conduções coercitivas violam diversos princípios, quais sejam: da imparcialidade (art. 5º, §2º, CRFB/88¹¹⁹ c/c art. 8.1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹²⁰); do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CRFB/88¹²¹); do princípio do *nemo tenetur se detegere*; do princípio do sistema penal acusatório (art. 156, caput, do CPP¹²²); do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB/88¹²³); da paridade de armas, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CRFB/88¹²⁴).

Em ambas as ações, o Ministério Público Federal (MPF), por intermédio do Procurador-Geral da República signatário, manifestou-se pela improcedência do pedido, alegando que a prática de conduzir o imputado coercitivamente é constitucional.

Para isto, argumentou que a condução coercitiva não é uma forma de prisão e não seria incompatível com a obtenção de depoimentos, servindo, por vezes, para identificar o investigado no caso de eventual homonímia, para assegurar a eficácia de outras medidas (como uma busca e apreensão) ou, ainda, para impedir que os investigados estabeleçam uma versão concertada sobre fatos¹²⁵.

Por se tratar de duas arguições de preceito fundamental sobre o mesmo tema e, considerando que em ambas requereu-se a concessão de medida cautelar *ad referendum* do Plenário, em 18 de dezembro de 2017, houve uma análise prévia das ações, acerca apenas do pedido liminar.

Nessa ocasião, o relator dos processos, Ministro Gilmar Mendes, em razão da relevância do pleito, ante a disseminação das conduções coercitivas para interrogatório, especialmente no curso da investigação criminal, representando, assim, uma restrição importante a direito individual, autorizou o deferimento da medida cautelar por decisão unipessoal, com base no direito à liberdade de locomoção e à presunção de não culpabilidade.

¹¹⁹ BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Art. 5º, §2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

¹²⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**(Pacto San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Art. 8.1. “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

¹²¹ BRASIL., op. cit., Art. 5º, LXIII: “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado”.

¹²² Ibid., Art. 156, caput. “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer (...)”.

¹²³ Ibid., Art. 5º, LIV. “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

¹²⁴ Ibid., Art. 5º, LV. “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

¹²⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 395. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Parecer ADPF 395/DF n. 11.261/2017 – AsJConst/SAJ/PGR**. Disponível em:< <http://www.mpf.mp.br/pgf/documentos/adpf-395.pdf/view>>. Acesso em: 15 out. 2018.

Nesse ínterim, foi vedada “a condução coercitiva de investigados para interrogatório sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado” ¹²⁶, relegando-se a análise do interrogatório na instrução processual para a fase de julgamento.

4.1 ANÁLISE DOS ARGUMENTOS UTILIZADOS PARA O EMBASAMENTO DA DECISÃO DAS ADPFS 395 E 444

Quando da sessão de julgamento do mérito das ações, ocorrida em 14 de junho de 2018, por maioria dos votos (6 a 5), o STF julgou procedentes as arguições de descumprimento de preceito fundamental, ocasião na qual declarou que a condução coercitiva, tanto do investigado quanto do réu, para fins de interrogatório, disposta no art. 260 do CPP, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Segundo o entendimento majoritário, a utilização dessa medida representa uma grave restrição à liberdade de locomoção do indivíduo e fere diretamente a presunção de não culpabilidade, sendo, desse modo, incompatível com o texto constitucional.

De pronto, insta registrar os argumentos levantados a favor da compatibilidade do emprego da medida coercitiva com a ordem constitucional para só então, em seguida, passar-se a análise dos fundamentos contrários. Ressalte-se que os votos os ministros aqui apresentados estão dispostos de acordo com a semelhança entre os posicionamentos e não em razão da ordem cronológica em que foram proferidos durante o julgamento.

Inicialmente, o Min. Alexandre de Moraes votou no sentido da procedência parcial das ações, “com a declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 260 do CPP, para excluir a decretação direta da condução coercitiva, sem prévia intimação, baseada no poder geral de cautela conferido ao magistrado¹²⁷”.

Em seu voto, o Ministro afirmou que de acordo com o Código de Processo Penal, é possível o uso da condução coercitiva, desde que seja respeitado o devido processo legal,

¹²⁶BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 395/DF e 444/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 18 de dezembro de 2017. Data de Publicação: 19 de dezembro de 2017, p 35. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4962368>>. Acesso em: 9 out. 2018.

¹²⁷BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 395/DF e 444/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes – declaração de voto do Ministro Alexandre de Moraes, p. 9. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF444VotoMinAM.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2018.

intitulado por ele de “diálogo equitativo”¹²⁸ entre o indivíduo e o Estado”, de modo a se garantir o direito ao silêncio e não incriminação. Destacou, ainda, que a medida só seria aplicável nas hipóteses em que o investigado seja intimado de forma devida e, injustificadamente, deixe de comparecer à presença da autoridade.

Por sua vez, para o Min. Edson Fachin, a condução coercitiva é compatível com a ordem constitucional, no entanto, apontou o argumento de que esta só pode ser decretada de acordo com os requisitos elencados no art. 260 do CPP, ou seja, após a intimação prévia do imputado e o seu descumprimento, ou, ainda, nos casos em que este instrumento seja utilizado com o intuito de beneficiar o investigado/acusado, mesmo sem notificação anterior – quando se permita a substituição de medida cautelar típica que represente maior restrição ao cidadão.

In verbis:

[...] Compreendo possível a decretação judicial da condução coercitiva de investigados, sempre que o for em substituição a uma medida cautelar típica mais grave, das quais são exemplo a prisão preventiva prevista no art. 312 do Código de Processo Penal e a prisão temporária prevista na Lei 7.960/89¹²⁹.

[...] Reforço que a condução coercitiva, como medida cautelar menos gravosa substitutiva, não prescinde da demonstração do cabimento da medida substituída. Ou seja, se não se demonstrar presentes os requisitos da medida mais grave (por exemplo, prisão preventiva ou prisão temporária) a ser substituída, não se permite igualmente a decretação da condução coercitiva substituta¹³⁰.

Nesse sentido, o ministro julgou improcedentes os pedidos da ADPF n.º 395 e acolheu o pedido subsidiário da ADPF n.º 444,

pronunciando interpretação conforme ao art. 260 do CPP, ressalvando a possibilidade de decretação judicial e fundamentada da condução coercitiva sempre que decretada substitutivamente a medidas cautelares típicas mais graves como a prisão preventiva e ou a prisão temporária e desde que integralmente presentes os requisitos legais e constitucionais das medidas mais gravosas; e, assim, declarar a inconstitucionalidade da interpretação ampliada do referido dispositivo, impondo-se prévia intimação e a ocorrência do não comparecimento injustificado do intimado¹³¹.

De igual forma, o Min. Luis Roberto Barroso exarou seu entendimento, vislumbrando a possibilidade de decretação da condução coercitiva, desde que haja a devida

¹²⁸BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 395/DF e 444/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes – declaração de voto do Ministro Alexandre de Moraes, p. 2. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF444VotoMinAM.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2018.

¹²⁹BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 395/DF e 444/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes – declaração de voto do Ministro Edson Fachin, p. 10. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF395VotoFachin.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2018.

¹³⁰ Ibid., p 14

¹³¹ Ibid., p 14

notificação ao imputado e seu consequente descumprimento, bem como nas hipóteses em que o instituto seja empregado em favor do investigado/acusado.

Na mesma toada, o Min. Luiz Fux, considerou o art. 260 do *codex* processual penal compatível com a Carta Política, quer seja na forma, quer seja no poder geral de cautela. Em seu voto, fora consignado que o direito conferido ao imputado de não produzir provas contra si mesmo não engloba a possibilidade de destruição das mesmas.

Em sua concepção, o Estado possui o direito fundamental de efetivar o sistema penal através de medidas que evitem que o investigado ou acusado utilizem de mecanismos para se furtar à aplicação da lei. Nesta senda, de acordo com o Ministro, desde que assegurados o direito ao silêncio, à presença de advogado, à integridade física e psíquica, a condução coercitiva pode ser determinada com fundamento similar àqueles elencados no art. 319 do CPP, no tocante as medidas cautelares diversas da prisão.

Afinal, se pode o juiz proibir ou acesso ou a frequência a determinados lugares, ou mesmo a manutenção de contato do agente com pessoa determinada porque essas restrições podem evitar embaraços para a investigação e para a ação penal, não há razão para considerar indevida uma medida até menos drástica – pois momentânea – que serve ao mesmo propósito¹³².

Finalizando a série de argumentos a favor da possibilidade da decretação da condução coercitiva para interrogatório, a Ministra Cármen Lúcia manifestou seu entendimento no sentido de que condução coercitiva não é incompatível com o texto constitucional. A então Presidente da Suprema Corte asseverou no bojo de se pronunciamento que os “abusos praticados em investigação, como a não intimação prévia, têm de ser resolvidos nos termos da legislação, mas não aniquilam o instituto. Todo e qualquer abuso haverá de ser coartado, mas para os excessos há meios adequados¹³³”.

No mais, acompanhou, ainda, o voto do Ministro Fachin no que concerne ao necessário descumprimento anterior da intimação pelo acusado ou investigado e à admissão do emprego da condução coercitiva para evitar a imposição de medidas cautelares mais gravosas.

Doutra banda, o Min. Gilmar Mendes, relator das duas ações do controle de

¹³² SÃO PAULO (Estado). Ministério Público do Estado de São Paulo. 2-Tema: Condução coercitiva para interrogatório e recepção pela Constituição Federal de 1988. **CAO-CRIM Boletim criminal comentado** - Junho de 2018, semana 2, p. 10. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/02062018.pdf>. Acesso em: 09 out. 2018.

¹³³ RAMALHO, Renan. STF proíbe condução coercitiva de réus e investigados para depoimento. **Portal G1 – Globo**. Brasília, 14 jun. 2018. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/maioria-do-stf-proibe-definitivamente-a-realizacao-de-conducoes-coercitivas.html>>. Acesso em: 16 out. 2018.

constitucionalidade concentrado, reiterou a fundamentação utilizada na medida liminar e encabeçou os votos pela incompatibilidade da condução coercitiva para interrogatório com a Constituição Federal.

Em seu pronunciamento, o Ministro consignou que o modo como as conduções vêm sendo efetivadas representa tanto uma restrição indevida da liberdade de locomoção, tendo em vista que coage o imputado a comparecer à realização de um ato ao qual não está legalmente obrigado, quanto uma violação da presunção de não culpabilidade, uma vez que, quando um investigado ou acusado é surpreendido por uma ordem de condução, sem que tenha havido sua intimação prévia, o mesmo é tratado notadamente como culpado¹³⁴.

Deve-se anotar que a análise de tais argumentos será feita no próximo tópico do presente trabalho.

O relator foi seguido pela Ministra Rosa Weber, segundo a qual

o interrogatório apresenta a oportunidade de o investigado apresentar a sua versão dos fatos. Enquanto faculdade, só ao investigado ou réu cabe exercê-la ou não. A garantia constitucional de permanecer em silêncio impede qualquer imposição legal ou judicial ao investigado ou réu para efeito de interrogatório a qualquer autoridade. E mais: nenhuma consequência a ele desfavorável pode advir dessa opção¹³⁵.

O Ministro Ricardo Lewandowski seguiu a mesma linha. Para ele, não existem medidas cautelares inominadas no processo penal, tampouco possui o juiz poder geral de cautela, até porque o processo funciona como um verdadeiro instrumento limitador do poder do Estado, pautando-se sempre na estrita observância do princípio da legalidade, da taxatividade e da tipicidade dos atos.

O membro da Corte Suprema asseverou ainda que, até mesmo nas hipóteses em que a prévia intimação não foi atendida, não parece sensato conduzir coercitivamente o investigado/acusado, detentor do direito ao silêncio incrustado em nossa Magna Carta, cuja ausência deve ser entendida como mero exercício desse direito.

No mesmo sentido, o Ministro Dias Tóffoli seguiu o relator pela procedência de ambas ações. Para tanto, o magistrado afirmou que o juiz criminal deve estar vinculado às

¹³⁴BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 395/DF e 444/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 18 de dezembro de 2017. Data de Publicação: 19 de dezembro de 2017, p 35. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4962368>>. Acesso em: 9 out. 2018.

¹³⁵ RAMALHO, Renan. STF proíbe condução coercitiva de réus e investigados para depoimento. **Portal G1 – Globo**. Brasília, 14 jun. 2018. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/maioria-do-stf-proibe-definitivamente-a-realizacao-de-conducoes-coercitivas.html>>. Acesso em: 16 out. 2018.

hipóteses legais de restrição de liberdade, motivo pelo qual não pode impor medida cautelar diversa daquelas previstas expressamente na legislação pátria.

Logo, para o membro da Suprema Corte, não se pode interpretar extensivamente o art. 260 do CPP para que se dê azo à determinação da condução forçada do investigado ou réu, com base no poder geral de cautela, mesmo sob o argumento de preservar provas ou até mesmo de não decretar medidas mais gravosas, como, por exemplo, a prisão cautelar.

Por sua vez, o Min. Marco Aurélio considerou o emprego da condução coercitiva incompatível com a Magna Carta, haja vista que tal medida configura uma forma de prisão, pois restringe, mesmo que momentaneamente, a liberdade de ir e vir do cidadão. Para o magistrado,

a medida é ineficaz para os fins declarados – já que o investigado tem o direito de não se pronunciar –, confrontando-se com outras medidas restritivas de liberdade, como as prisões temporária e preventiva, que exigem situações concretas, escancaradas para fundamentar a restrição da liberdade e que têm requisitos específicos que justificam o ato gravoso a direitos fundamentais. Por estas razões, considerou que a condução forçada para interrogatório não foi recepcionada pela Constituição Federal¹³⁶.

Por fim, o decano da Corte, Ministro Celso de Mello, acompanhou integralmente o voto do relator, apontando que “o direito ao silêncio – e o de não produzir provas contra si próprio – constitui prerrogativa individual que não pode ser desconsiderada por qualquer dos Poderes da República”¹³⁷. Desse modo, para o ministro,

a função estatal de investigar não pode resumir-se a uma sucessão de abusos nem deve reduzir-se a atos que importem em violação de direitos ou que impliquem desrespeito a garantias estabelecidas na Constituição e nas leis da República. O procedimento estatal – seja ele judicial, policial, parlamentar ou administrativo – não pode transformar-se em instrumento de prepotência nem converter-se em meio de transgressão ao regime da lei¹³⁸.

Assim, o magistrado consignou que a impossibilidade, ante a interpretação a partir do prisma constitucional, de constranger-se o indiciado ou o réu a comparecer, através da condução coercitiva, diante da autoridade policial ou judiciária, para fins de interrogatório, não decorre apenas do sistema de proteção das liberdades fundamentais existente no presente

¹³⁶ SÃO PAULO (Estado). Ministério Público do Estado de São Paulo. 2-Tema: Condução coercitiva para interrogatório e recepção pela Constituição Federal de 1988. **CAO-CRIM Boletim criminal comentado** - Junho de 2018, semana 2, p. 10. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/CriminaI/Boletim_Semanal/02062018.pdf>. Acesso em: 09 out. 2018.

¹³⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 395/DF e 444/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes – declaração de voto do Ministro Celso de Mello, p. 18. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Adpf395VotoCM.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2018.

¹³⁸ Ibid., p. 19.

Estado Democrático de Direito, “mas, também, da própria natureza jurídica de que se reveste o ato de interrogatório, qualificável como meio de defesa do acusado, especialmente em face do novo tratamento normativo que lhe conferiu a Lei nº 10.792/2003”¹³⁹.

Por todo exposto, faz-se necessário o estudo aprofundado dos fundamentos abalizadores da decisão que determinou a incompatibilidade da condução forçada do imputado com o texto constitucional, quais sejam: o direito à liberdade de locomoção e o princípio da não culpabilidade, de forma a alicerçar a análise da constitucionalidade da condução coercitiva.

4.1.1 Direito à liberdade de locomoção

Em que pese as exordiais das ADPF's 395 e 444 terem usado como fundamentos argumentativos a violação do direito a não incriminação e dos princípios da imparcialidade do direito ao silêncio, do *nemo tenetur se detegere*, do sistema penal acusatório, do devido processo legal, da paridade de armas, da ampla defesa e do contraditório para requerer a vedação do uso da condução coercitiva, tanto no bojo da decisão que deferiu a concessão da medida liminar quanto àquela que julgou o mérito, levou-se em consideração a preservação da liberdade de locomoção do cidadão e da presunção de não culpabilidade.

De plano, é notório que, por meio da decretação da medida cautelar coercitiva pra conduzir o imputado, há uma latente relativização dos direitos individuais conferidos ao indivíduo. Nesse sentido, tal instituto possui clara reverberação sobre o *status libertatis* inerente ao cidadão, pois priva o sujeito passivo do seu direito a locomoção, mesmo que transitoriamente, representando uma evidente medida de coação.

Faz-se mister anotar que a liberdade do ser humano, incluindo aqueles que se encontram sob investigação criminal ou persecução penal, não pode ser tratada como uma mera concessão do Estado. Muito pelo contrário. A liberdade é uma das expressões mais genuínas dos privilégios individuais, configurando, além disso, um inquestionável direito fundamental oriundo do próprio texto constitucional.

Calhe-se que

¹³⁹BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 395/DF e 444/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes – declaração de voto do Ministro Celso de Mello, p. 19. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Adpf395VotoCM.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2018.

aquele que se acha sob persecução penal (em juízo ou fora dele) possui direitos e titulariza garantias plenamente oponíveis ao Estado e aos seus agentes, nesse ponto residindo a própria razão de ser do sistema de liberdades públicas que se destina, em sua vocação protetiva, a amparar o cidadão contra eventuais excessos, abusos ou arbitrariedades emanados do aparelho estatal. (Grifos do autor)¹⁴⁰

Sob essa perspectiva, verifica-se que a decretação usual da condução forçada dos imputados nada mais é que uma forma de mascarar o uso da inconstitucional prisão para averiguação, não mais permitida no atual Estado Democrático de Direito, que vigora sob a égide dos direitos e garantias fundamentais autoaplicáveis, representando, por conseguinte, uma verdadeira arbitrariedade cometida pelo poder estatal.

A Constituição Cidadã positivou, em seu bojo, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV), justamente para garantir que nenhum indivíduo tenha a sua liberdade de locomoção tolhida por medidas que extrapolem as hipóteses dispostas de forma expressa em lei, sendo inadmissível que se invoque o poder geral de cautela para tanto.

Logo, restando cristalina a vulnerabilidade a qual se submete a liberdade de locomoção atinente ao cidadão pela decretação de sua condução forçada, o Ministro Gilmar Mendes arrebatou que

A Constituição Federal consagra o direito à liberdade de locomoção de forma genérica, ao enunciar o direito à liberdade (art. 5º, caput), a ser restringido apenas sob observância do devido processo legal (art. 5º, LIV), e, de forma específica, ao estabelecer regras estritas sobre a prisão (art. 5º, LXI, LXV, LXVI, LXVII). A Carta também enfatiza a liberdade de locomoção ao consagrar a ação especial de habeas corpus como remédio contra restrições e ameaças ilegais (art. 5º, LXVIII). **A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. O investigado ou réu é capturado e levado sob custódia ao local da inquirição. Há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por um período breve**¹⁴¹. (Grifo nosso)

O Ministro assinalou, ainda, acertadamente, que a Carta Política ressalta o direito à liberdade, na intenção de romper de forma deliberada com práticas autoritárias, como, por exemplo, as prisões para averiguação.

Assim, salvo as exceções nela incorporadas, **exige-se a ordem judicial escrita e fundamentada para a prisão – art. 5º, LXI. Logo, tendo em vista que a legislação consagra o direito de ausência ao interrogatório, a condução**

¹⁴⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 395/DF e 444/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes – declaração de voto do Ministro Celso de Mello, p. 11. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Adpf395VotoCM.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2018.

¹⁴¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 395/DF e 444/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 18 de dezembro de 2017. Data de Publicação: 19 de dezembro de 2017, p. 28. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4962368>>. Acesso em: 9 out. 2018.

coercitiva para tal ato viola os preceitos fundamentais previstos no art. 5º, caput, LIV e LVII.¹⁴²(Grifo nosso)

Portanto, em consequência da restrição de liberdade sofrida pelo imputado, manifesta-se evidente a incompatibilidade da condução coercitiva de investigado ou de réu para ato de interrogatório com a Constituição Federal, uma vez que não se pode permitir, num Estado Democrático de Direito, a supressão de direitos fundamentais, mesmo que por tempo determinado.

4.1.2 Princípio da presunção de não culpabilidade (ou de inocência)

Após a exposição acerca do direito à liberdade de locomoção inerente ao investigado ou acusado, impende, neste momento, dissertar sobre o princípio da presunção de não culpabilidade.

Tal princípio teve sua gênese no fim do século XVIII, durante o Iluminismo, época em que vigorava o sistema processual penal inquisitório, de base romano-canônica, desde o século XII. Durante esse período, o acusado não possuía garantias e foi diante desse cenário que “surgiu a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado¹⁴³”.

Assim, com o desencadeamento da Revolução Francesa, surgiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, tida como o diploma marco dos direitos e garantias fundamentais do homem.

O documento versa, em seu art. 9º, “que todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei¹⁴⁴”. Por sua vez, a Constituição Federal consagrou o princípio da não culpabilidade, proclamado, em 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU em seu art. 5º, LVII, *verbis*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal

¹⁴² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 395/DF e 444/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 18 de dezembro de 2017. Data de Publicação: 19 de dezembro de 2017, p 28. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4962368>>. Acesso em: 9 out. 2018. p. 34.

¹⁴³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 25.

¹⁴⁴ **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. Assembleia Nacional Constituinte, França, 1789. Art. 9º. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> . Acesso em: 19 de outubro de 2018.

condenatória”.

Logo, “o estado de inocência (e não presunção), proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal”¹⁴⁵.

Destarte, pode-se aduzir que esse princípio afeta, de forma direta, a limitação à publicidade abusiva e a vedação ao uso abusivo das prisões cautelares.

No que tange à proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização precoce do réu (ou investigado), percebe-se que quando um imputado é coagido a comparecer contra sua vontade perante a autoridade para que se proceda ao seu interrogatório, ele está sendo tratado presumidamente como culpado, e não o oposto, como garante as diversas disposições mencionadas. Ademais disso, sua imagem ficará maculada por meio da imposição dessa medida coercitiva. Nesse sentido,

a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência¹⁴⁶.

Doutra banda, essa garantia constitucional torna evidente que as medidas constritivas de direitos devem ser utilizadas sempre de forma excepcional e apenas quando forem necessárias, uma vez que indivíduos inocentes só podem ser encarcerados quando houver utilidade à instrução e à ordem pública. Assim, “deve-se evitar a vulgarização das prisões provisórias, pois muitas delas terminam por representar uma nítida – e indevida – antecipação de pena, lesando a presunção de inocência”¹⁴⁷.

Nesse ínterim, o Ministro Gilmar Mendes, ao decidir pela impossibilidade da condução coercitiva do investigado ou acusado para fins de interrogatório, sob o lume do princípio da presunção de não culpabilidade, asseverou que

quanto à presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF), seu aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas. **A condução coercitiva consiste em capturar o investigado ou acusado e levá-lo sob custódia policial à presença da autoridade, para ser submetido a interrogatório. A restrição temporária da liberdade mediante condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não são tratamentos que normalmente possam ser**

¹⁴⁵ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 383.

¹⁴⁶ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 157.

¹⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 77.

aplicados a pessoas inocentes. O investigado conduzido é claramente tratado como culpado.¹⁴⁸ (Grifo nosso)

Além disso, na ocasião do julgamento das arguições aqui analisadas, o Ministro Celso de Mello apontou que

os postulados constitucionais que consagram a presunção de inocência e a essencial dignidade da pessoa humana repudiam, por ilegítimas, práticas estatais que convertem atos de prisão **ou** de condução coercitiva de meros suspeitos, investigados **ou** réus **em cerimônias públicas de arbitrária degradação moral** daqueles que são expostos a procedimentos de investigação criminal **ou** de persecução penal.¹⁴⁹ (Grifos do autor)

Desse modo, considerando ser conferido ao sujeito passivo o direito de ausência ao interrogatório, o que afasta, visivelmente, a possibilidade de condução coercitiva, vê-se que a imposição de tal medida, além de ser ilegítima por si só, uma vez que torna obrigatória a presença do investigado/acusado em um ato ao qual ele não é obrigado a comparecer, viola tanto o direito à liberdade de locomoção quanto o princípio da não culpabilidade, ambos positivados no ordenamento jurídico pátrio e na legislação alienígena.

4.2 O EFEITO COLATERAL DA DECISÃO: A DECRETAÇÃO DA PRISÃO TEMPORÁRIA ANTE A IMPOSSIBILIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA DO INTERROGADO

Apesar de a declaração de incompatibilidade da prática da condução coercitiva do investigado ou acusado, para interrogatório, com a Constituição Federal ter sido uma decisão de suma importância para a proteção dos direitos fundamentais e efetivação das garantias constitucionais, fora ocasionado, indiretamente, um efeito rebote mais grave ao imputado, representando um regresso do ponto de vista da liberdade de locomoção.

Com a proibição do emprego da medida cautelar para coagir o sujeito passivo à sua inquirição, os magistrados passaram a decretar a prisão temporária dos réus e dos investigados como forma de substituir o instituto da condução coercitiva. No entanto, na maioria das vezes,

¹⁴⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 395/DF e 444/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 18 de dezembro de 2017. Data de Publicação: 19 de dezembro de 2017, p 28. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4962368>>. Acesso em: 9 out. 2018.

¹⁴⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 395/DF e 444/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes – declaração de voto do Ministro Celso de Mello, p. 03. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Adpf395VotoCM.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2018.

essas prisões são feitas de forma arbitrária e sem que haja o preenchimento dos pré-requisitos¹⁵⁰ estabelecidos em lei.

Desde a vedação do emprego da medida coercitiva, o número de prisões temporárias cresceu em 32% (trinta em dois por cento)¹⁵¹, número este registrado nos primeiros quatro meses (janeiro a abril) do ano de 2018, em relação ao mesmo período em 2017. Percebe-se, portanto, que tal aumento decorre da decisão liminar do Ministro Gilmar Mendes que, em dezembro de 2017, proibiu a condução coercitiva de investigados em todo o país.

Impende registrar que as conduções coercitivas, decretadas durante as investigações, não tinham por finalidade principal o interrogatório, frequentemente utilizado como pretexto, mas sim garantir a coleta de provas durante o cumprimento dos mandados de busca e apreensão.

Com a proibição do uso desse instituto, a tendência passou a ser a decretação da prisão temporária, mesmo que isso represente um verdadeiro contrassenso, haja vista que o encarceramento, por si só, é ainda mais restritivo e possui muito mais requisitos elencados da legislação do que a condução coercitiva, de modo que não faz sentido a banalização daquele para substituir a ausência desta.

É notório, a partir da interpretação dos argumentos utilizados pelos ministros no julgamento das ADPF's 395 e 444, que a Corte quis sinalizar que não deve ser permitida nenhuma forma de restrição ao direito de ir e vir com o intuito de coagir um investigado ou réu a depor, não cabendo, desse modo, nenhuma medida que limite o direito de locomoção para que se promova a autoincriminação.

Não parece sensato que o mero não comparecimento do réu ou do investigado ao interrogatório configure fundamento suficiente para legitimar a decretação da prisão temporária do imputado, uma vez que este sequer está obrigado a responder as perguntas formuladas pela autoridade competente.

¹⁵⁰ Consoante o art. 11, da Lei nº 7.960/89, de 21 de dezembro de 1989, a prisão temporária é cabível nas seguintes hipóteses: quando for imprescindível para as investigações do inquérito policial; quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes de homicídio, sequestro, roubo, estupro, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro, entre outros.

¹⁵¹ CURY, Teo. Prisão temporária cresce 32% após veto a condução. **Estadão**. Brasília, 21 mai. 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/prisao-temporaria-cresce-32-apos-veto-a-conducao/>>. Acesso em: 16 out. 2018.

No entanto, é possível verificar, infelizmente, um desvirtuamento da decisão do STF, que pretendia apenas resguardar o imputado dos abusos cometidos pelo Estado. Se antes do entendimento da Suprema Corte as autoridades se valiam da condução coercitiva sob o argumento de evitar a imposição de uma medida mais grave, hoje elas fazem justamente o contrário, indo totalmente de encontro aos preceitos garantidores constitucionais.

Tudo isso nos remete a refletir os rumos que o Processo Penal vem tomando no Brasil, haja vista a linha tênue que existe entre o garantismo e o efficientismo, entre a discricionariedade e arbitrariedade. A decretação de prisões temporárias ante a impossibilidade de determinação da condução coercitiva revela uma verdadeira fragilidade dos dispositivos de controle do poder e de defesa das liberdades públicas, representando uma forma de burlar até mesmo as decisões proferidas pela Suprema Corte.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como objetivo analisar a decisão do STF, proferida no bojo das ADPF's 395 e 444, que pronunciou a não recepção, pelo texto constitucional, do art. 260 do CPP, em relação ao emprego da condução coercitiva do investigado ou acusado para realização de interrogatório, bem como os argumentos utilizados pela Suprema Corte para abalizar tal posicionamento, quais sejam, o direito à liberdade de locomoção e o princípio da presunção de não culpabilidade.

Para tanto, inicialmente, estudou-se sobre o processo de constitucionalização do Código de Processo Penal Brasileiro, traçando uma reflexão sobre o papel do interrogatório, tanto do investigado quanto do acusado, no contexto do sistema inquisitivo, passando-se, em seguida, para uma elucidação acerca das modificações promovidas no procedimento desse instituto a partir da vigência do sistema acusatório, ocasião em que tal ato processual passou a ser interpretado como meio de defesa.

Ato contínuo, fora visto que o interrogatório é resguardado por vários princípios constitucionais absolutamente inafastáveis, destinados à proteção do indivíduo que está submetido à persecução penal ou à ação penal. Desse modo, verificou-se que no vigente Estado de Democrático de Direito, a Constituição Federal assegurou ao interrogado a ampla defesa, bem como os meios e recursos a ela inerentes. Ademais disso, consignou-se que é conferido ao imputado o direito ao silêncio e o de não produzir prova contra si mesmo.

Diante disso, considerando que, em razão de sua natureza jurídica como meio de defesa, o interrogatório não é um dever, mas sim um direito inerente ao indivíduo, cabe ao mesmo decidir se comparecerá perante a autoridade para que se proceda à sua inquirição ou não, de modo que seu silêncio não poderá ser interpretado para o seu prejuízo.

Nessa perspectiva, ao analisar a utilização da condução coercitiva com o intuito de compelir o investigado ou réu para ser interrogado, viu-se que a medida não é compatível com a atual ordem constitucional em vigor, haja vista que restringe e viola diversos direitos individuais, como o de permanecer calado.

Por oportuno, em relação ao uso da condução coercitiva como medida cautelar autônoma, defendido por parte da doutrina em razão de um suposto poder geral de cautela conferido aos magistrados, observou-se que este não é admitido no processo penal. Isso porque na seara processual penal vigoram os princípios da legalidade e da tipicidade, que determinam que as hipóteses de privação de liberdade devem ser, impreterivelmente,

taxativas, de modo que o cidadão não pode ter seu *status libertatis* restringido por meio de permissividades cometidas pelas autoridades.

Nesse íterim, procurou-se analisar as arguições de descumprimento de preceito fundamental 395 e 444, propostas, respectivamente, pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), bem como os fundamentos utilizados pelos ministros na decisão que declarou a não recepção da condução coercitiva do investigado ou réu para fins de interrogatório com a Constituição Federal.

Desse modo, fora abalizado que é conferido ao sujeito passivo o direito de ausência ao interrogatório, o que afasta, de plano, a possibilidade de conduzir coercitivamente o investigado ou acusado, haja vista que não se pode tornar obrigatória a presença do imputado em um ato ao qual ele não é obrigado pela legislação a comparecer.

Concluiu-se, outrossim, que a Suprema Corte decidiu corretamente pela incompatibilidade da condução coercitiva do interrogado com a ordem constitucional, apontando de forma contundente que tal medida fere, de forma direta, o direito à liberdade de locomoção inerente ao imputado e viola o princípio da presunção de não culpabilidade.

Impende registrar, por fim, que a presente pesquisa apontou um efeito colateral decorrente do julgamento que decidiu pela impossibilidade da determinação da condução coercitiva para interrogatório, qual seja, a decretação da prisão temporária, mesmo sem o cumprimento dos requisitos determinados por lei, para o mesmo fim, o que demonstra uma verdadeira arbitrariedade cometida pelo poder estatal.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal**: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. Ano 2018. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/set-de-2011-as-novas-medidas-cautelares-alternativas-a-prisao-e-o-alegado-poder-geral-de-cautela-no-processo-penal-a-impossibilidade-de-decretacao-de-medidas-atipicas.html>>. Acesso em: 9 out. 2018.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. 313. Disponível em: <[p.https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf)>. Acesso em: 5 set. 2018.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529749/codigo_de_processo_penal_1ed.pdf>. Acesso em: 5 set. 2018.

_____. **Constituição Federal**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html>. Acesso em 5 set. 2018.

_____. **Lei n.º 7.960**, de 21 de dezembro de 1989. Lei da Prisão Temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 5 set. 2018.

_____. **Lei n.º 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Lei das Drogas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 5 set. 2018.

_____. **Ministério Público Federal**. Para o Cidadão. Caso lava jato: a atuação na 1ª instância. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado.html>>. Acesso em: 14 out. 2108.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 395. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Parecer ADPF 395/DF n. 11.261/2017 – AsJConst/SAJ/PGR**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adpf-395.pdf/view>>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 395/DF e 444/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 18 de dezembro de 2017. Data de Publicação: 19 de dezembro de 2017, p 35. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4962368>>. Acesso em: 9 out. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 395/DF e 444/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes – declaração de voto do Ministro Alexandre de Moraes, p. 9. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF444VotoMinAM.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 395/DF e 444/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes – declaração de voto do Ministro Celso de Mello, p. 18. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Adpf395VotoCM.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 395/DF e 444/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes – declaração de voto do Ministro Edson Fachin, p. 10. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF395VotoFachin.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 395. Origem: Distrito Federal (DF). Relator Atual: Min. Gilmar Mendes. **Memoriais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) atuando na condição de Amicus curiae**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=496236>>. Acesso em: 09 out. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. 1ª Turma, Habeas Corpus - HC 104.555/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 28/09/2010, Informativo n.º 602.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus - HC 82.933-3/SP. Rel. Min. Ellen Gracie. DJ 27/03/2003.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus - HC 127.900/AM. Rel. Min. Dias Tóffoli. DJ 03/03/2016.

_____. **Tribunal Regional Federal** - 1ª Região. Medida Cautelar Criminal: Busca e Apreensão: (BusApr) n.º 0042276-27.2013.4.01.0000/DF.g.n. Relator: Desembargador Cândido Ribeiro. JusBrasil, 2014 Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/311252199/o-que-e-afinal-a-conducao-coercitiva.htm>>. Acesso em: 02 set. 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Prisão temporária não substitui condução coercitiva**. Conjur, 19 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-19/prisao-temporaria-nao-substitui-conducao-coercitiva>>. Acesso em: 15 set. 2018.

BOTTINO, Thiago. A inconstitucionalidade da condução coercitiva. In: _____. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Ano 26, n.º 305, abr. de 2018.

CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari. Pádova, Cedam, 1936, p. 47 apud LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Volume III. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Ivan Lira de. **O Silêncio do Acusado, em Face da Constituição de 1988**. Ensaio. Justiça Federal do Rio Grande do Norte. Ano: 2011, p. 1-3. Disponível em: <www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/docs/doutrina196.doc>. Acesso em: 22 set. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Álvarez e Lapo Iñiguez vs. Equador**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 21-11-2007. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/seriec_189_esp.pdf>. Acesso em: 9 out. 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. In.:_____. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Nota Dez, n. 1, 2001.

CURY, Teo. Prisão temporária cresce 32% após veto a condução. **Estadão**. Brasília, 21 mai. 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/prisao-temporaria-cresce-32-apos-veto-a-conducao/>>. Acesso em: 16 out. 2018.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Assembleia Nacional Constituinte, França, 1789. Art. 9º. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 19 out. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón – teoria del garantismo penal. 2. ed. Madrid, 1997, p. 608 apud LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FREYESLEBEN, Luiz Eduardo Ribeiro. Medidas cautelares processuais penais e presunção de inocência. In.:_____. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 02, p. 42 - 72, out. 2014.

GARCETE, Carlos Alberto. Condução coercitiva no processo penal como nova modalidade (judicial) de medida cautelar pessoal. In.:_____. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, ano 4, n.º 1, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Prisão e Liberdade**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.html>. Acesso em: 9 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf>. Acesso em: 9 out. 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

QUEIROZ, Paulo. **Princípio da não autoincriminação**. Ano: 2017. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/principio-da-nao-autoincriminacao/>>. Acesso em 23 set. 2018.

RAMALHO, Renan. STF proíbe condução coercitiva de réus e investigados para depoimento. **Portal G1 – Globo**. Brasília, 14 jun. 2018. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/maioria-do-stf-proibe-definitivamente-a-realizacao-de-conducoes-coercitivas.html>>. Acesso em: 16 out. 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49.

SÃO PAULO (Estado). Ministério Público do Estado de São Paulo. 2-Tema: Condução coercitiva para interrogatório e recepção pela Constituição Federal de 1988. **CAO-CRIM Boletim criminal comentado** - Junho de 2018, semana 2, p. 10. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/CriminaI/Boletim_Semanal/02062018.pdf>. Acesso em: 09 out. 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10 ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2009 apud QUEIROZ, Paulo. **Princípio da não autoincriminação**. Ano: 2017. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/principio-da-nao-autoincriminacao/>>. Acesso em 23 set. 2018.

_____. **Processo Penal**. 28 ed. v 1.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ANEXO – ADPF 395**MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 395 DISTRITO FEDERAL****RELATOR: MIN. GILMAR MENDES****REQTE.(S): PARTIDO DOS TRABALHADORES****ADV.(A/S): THIAGO BOTTINO DO AMARAL****INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA****PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO****AM. CURIAES: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS -****ADV.(A/S): ANTONIO PEDRO MELCHIOR MARQUES PINTO****AM. CURIAE.: INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA****ADV.(A/S):DORA CAVALCANTI CORDANI E OUTRO(S)**

DECISÃO: Trata-se de duas arguições de preceito fundamental acerca do mesmo tema: a condução coercitiva do imputado para interrogatório. Em ambas, foi requerida a concessão de medida liminar, *ad referendum* do Plenário, tendo em vista a proximidade do recesso judiciário.

A ADPF 395 foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores e ataca a medida tanto na investigação quanto na instrução criminal, baseando-se em alegada violação ao direito à não autoincriminação.

Sustenta que o direito à não autoincriminação é direito fundamental, que dimana da dignidade da pessoa humana. Afirma que o art. 260 do CPP, que dá à autoridade o poder de mandar conduzir o acusado à sua presença para ser interrogado, não foi recepcionado pela Constituição Federal, por incompatível com o direito de não se autoincriminar. Aduz, ainda, que a condução coercitiva do investigado para ser interrogado, como medida cautelar, tampouco é compatível com o mesmo preceito constitucional.

Pede a declaração de não recepção parcial do art. 260 do Código de Processo Penal, na parte em que permite a condução coercitiva do investigado ou do réu para a realização de interrogatório. Busca, também, a declaração da inconstitucionalidade do uso da condução coercitiva como medida cautelar autônoma com a finalidade de obtenção de depoimentos de

suspeitos, indiciados ou acusados em qualquer investigação de natureza criminal. Requer medida liminar, para suspender a condução coercitiva de investigados ou réus para interrogatório.

Por analogia, foi adotado o rito do art. 12 da Lei 9.868/99.

A Câmara dos Deputados prestou informações (eDOC 11). Relata estar em tramitação projeto de novo Código de Processo Penal, que explicita que o interrogatório é meio de defesa – PL 8.045/2010.

A Presidência da República, em informações (eDOC 12), afirma que a condução coercitiva para interrogatório é compatível com a Constituição Federal.

O Senado Federal prestou informações (eDOC 15). Sustenta que a condução para comparecimento não viola o direito à não autoincriminação, na medida em que a prerrogativa de manter-se em silêncio seja respeitada.

O Advogado-Geral da União argui a falta de documento indispensável à propositura da ação, tendo em vista que a petição inicial não se fez acompanhar de cópia do Código de Processo Penal. Defende a recepção do dispositivo impugnado e sustenta que a condução coercitiva para interrogatório é compatível com a Constituição Federal (eDOC 17).

O Procurador-Geral da República opinou pela improcedência do pedido (eDOC 19).

O INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (eDOC 21) e o INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA – MÁRCIO

THOMAZ BASTOS (IDDD) (eDOC 28) requereram o ingresso na causa como *amici curiae*, o que foi deferido (eDOCs 27 e 44).

Por sua vez, a ADPF 444, proposta pelo Conselho Federal da OAB, é mais restrita quanto ao objeto – ataca a medida apenas em fase de investigação. Sustenta que as conduções coercitivas violam os princípios da imparcialidade (art. 5º, §2º, CF c/c art. art. 8, I, do Pacto de San José da Costa Rica); do direito ao silêncio (art. 5º, inc. LXIII, da CF); do princípio do *nemo tenetur se detegere*; do princípio do sistema penal acusatório (art. 156, *caput*, do CPP); do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da CF); da paridade de armas; da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, inc. LV, da CF). Afirma que o art. 260 do CPP, que dá à autoridade o poder de mandar conduzir o acusado à sua presença para ser interrogado, não foi recepcionado pela Constituição Federal. Aduz que a condução coercitiva do investigado para ser interrogado, como medida cautelar, tampouco é compatível com o mesmo preceito constitucional.

Pede a declaração de não recepção parcial do art. 260 do Código de Processo Penal, na parte em que permite a condução coercitiva do investigado para a realização de

interrogatório. Subsidiariamente, busca a declaração da incompatibilidade com a Constituição Federal da interpretação do art. 260, que permite a condução coercitiva para interrogatório em fase de investigação sem intimação prévia e ausência injustificada.

Por analogia, foi adotado o rito do art. 12 da Lei 9.868/99.

A ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO (AASP)

requereu o ingresso na causa como *amicus curiae* (eDOC 12), o que foi deferido (eDOC 22).

A Câmara dos Deputados prestou informações (eDOC 21). Relata estar em tramitação projeto de novo Código de Processo Penal, que explicita que o interrogatório é meio de defesa – PL 8.045/2010.

A Presidência da República, em informações (eDOC 23), afirma que a condução coercitiva para interrogatório é compatível com a Constituição Federal.

O Advogado-Geral da União defende a recepção do dispositivo impugnado e sustenta que a condução coercitiva para interrogatório é compatível com a Constituição Federal (eDOC 26).

O Procurador-Geral da República opina pela improcedência do pedido (eDOC 28).

Decido.

1 Deferimento de medida liminar pelo Relator

Nos termos do art. 5º, *caput*, da Lei n. 9.882/99, o Supremo Tribunal Federal poderá deferir liminar na ADPF, mediante decisão tomada pela maioria absoluta de seus membros (6 votos). Resta assente, assim, que o requerimento de liminar em ADPF será apreciado pelo colegiado.

O § 1º do art. 5º estabelece, porém, ***a possibilidade de concessão de liminar pelo relator***, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou, ainda, em período de recesso, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

O caso concreto tem a necessária relevância. As conduções coercitivas para interrogatório têm se disseminado, especialmente no curso da investigação criminal. Representam uma restrição importante a direito individual, alegadamente fundada no interesse da investigação criminal.

As ADPF's estiveram em pauta de julgamento. A ADPF 395, mais antiga, foi liberada para julgamento em fevereiro de 2017. Foi incluída no calendário de julgamentos em 1.5.2017 e em 18.5.2017.

Infelizmente, a despeito da aplicação analógica do rito abreviado do art. 12 da Lei 9.868/99, não houve tempo hábil para que as arguições fossem chamadas para julgamento.

O recesso judiciário está próximo.

Tendo em vista esse contexto, passo apreciar a medida liminar, *ad referendum* do colegiado.

2 Cabimento

As arguições de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, da CF) foram propostas por legitimados – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional, art. 103, VII e VIII, da CF, combinado com art. 2º, I, da Lei 9.882/99.

Têm por objeto evitar a lesão aos direitos fundamentais de não se autoincriminar, ao juiz imparcial, ao sistema processual penal acusatório, ao devido processo legal, à paridade de armas, à ampla defesa e ao contraditório. Esses direitos seriam ameaçados pelo art. 260 do CPP e por decisões judiciais que determinam a condução coercitiva de investigados ou réus para serem interrogados em procedimentos criminais.

Quanto ao **parâmetro de controle**, é muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifiquem o processo e julgamento da arguição de descumprimento.

Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional.

Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da CF: o princípio federativo, a separação de poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico.

Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados “princípios sensíveis”, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos estados-membros (art. 34, VII).

No presente caso, apontam-se como parâmetro direitos fundamentais.

Logo, há potencial violação a preceitos fundamentais, questão a ser aprofundada no julgamento do mérito.

Quanto ao **objeto**, a suposta afronta a preceitos fundamentais resulta de atos do Poder Público – lei e atos jurisdicionais. Atende-se, portanto, à parte final do art. 1º da Lei 9.882/99.

No que tange à **subsidiariedade**, a Lei 9.882/99 impõe que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será admitida se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, § 1º).

À primeira vista, poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz a afastar a eventual lesão poder-se-ia manejar, de forma útil, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da subsidiariedade vigente no Direito alemão (recurso constitucional) e no Direito espanhol (recurso de amparo), acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático.

De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão –, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global.

Nesse sentido, tendo em vista o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa), **meio eficaz de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.**

No direito alemão, a *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional) está submetida ao dever de exaurimento das instâncias ordinárias. Todavia, a Corte constitucional pode decidir de imediato um recurso constitucional caso se demonstre que a questão é de interesse geral ou que o requerente poderia sofrer grave lesão se recorresse à via ordinária (Lei Orgânica do Tribunal, § 90, II).

Como se vê, a ressalva constante da parte final do § 90, II, da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã confere ampla discricionariedade para conhecer tanto das questões fundadas no interesse geral (*allgemeine Bedeutung*) quanto daquelas controvérsias baseadas no perigo iminente de grave lesão (*schwerer Nachteil*).

Assim, tem o Tribunal constitucional admitido o recurso constitucional, na forma antecipada, em matéria tributária, tendo em vista o reflexo direto da decisão sobre inúmeras

situações homogêneas. (Cf. BVerfGE, 19/268 (273); BVerfGE, 62/338 (342); v. também Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 4. ed., München, 1997, p. 162).

A Corte considerou igualmente relevante a apreciação de controvérsia sobre publicidade oficial, tendo em vista seu significado para todos os partícipes, ativos e passivos, do processo eleitoral. (Cf. BVerfGE, 62/230 (232); BVerfGE, 62/117 (144); Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 162.)

No que concerne ao controle de constitucionalidade de normas, a posição da Corte tem-se revelado enfática: “*apresenta-se, regularmente, como de interesse geral a verificação sobre se uma norma legal relevante para uma decisão judicial é inconstitucional*”. (Cf. BVerfGE, 91/93 (106))

No Direito espanhol, explicita-se que cabe o recurso de amparo contra ato judicial desde que “*tenham sido esgotados todos os recursos utilizáveis dentro da via recursal*” (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, art. 44, I). Não obstante, a jurisprudência e a doutrina têm entendido que, para os fins da exaustão das instâncias ordinárias “*não é necessária a interposição de todos os recursos possíveis, senão de todos os recursos razoavelmente úteis*”. (Cf. José Almagro, *Justicia constitucional: comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, 2. ed., Valencia, 1989, p. 324.)

Nessa linha de entendimento, anotou o Tribunal Constitucional espanhol:

“(...) ao se manifestar neste caso a vontade do órgão jurisdicional sobre o fundo da questão controvertida, deve-se entender que a finalidade do requisito exigido no art. 44, 1, ‘a’, da LOTC foi observado, pois o recurso seria, em qualquer caso, ineficaz para reparar a suposta vulneração do direito constitucional em tela” (auto de 11.2.81, n. 19). (Cf. José Almagro, *Justicia constitucional: comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., p. 325. Anote-se que, na espécie, os recorrentes haviam interposto o recurso fora do prazo.)

Vê-se, assim, que, também no Direito espanhol, tem-se atenuado o significado literal do princípio da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias ordinárias, até porque, em muitos casos, o prosseguimento nas vias ordinárias não teria efeitos úteis para afastar a lesão a direitos fundamentais.

Observe-se, ainda, que a legitimação outorgada ao Ministério Público e ao Defensor do Povo para manejar o recurso de amparo reforça, no sistema espanhol, o caráter objetivo desse processo.

Tendo em vista o Direito alemão, Schlaich transcreve observação de antigo Ministro da Justiça da Prússia segundo o qual “*o recurso de nulidade era proposto pelas partes, porém com objetivo de evitar o surgimento ou a aplicação de princípios jurídicos incorretos*”. (Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 184.)

Em relação ao recurso constitucional moderno, movido contra decisões judiciais, anota Schlaich: “*essa deve ser também a tarefa principal da Corte Constitucional com referência aos direitos fundamentais, tendo em vista os numerosos e relevantes recursos constitucionais propostos contra decisões judiciais: contribuir para que outros tribunais logrem uma realização ótima dos direitos fundamentais*”. (Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 184.).

Em verdade, o princípio da subsidiariedade, ou do exaurimento das instâncias, atua também nos sistemas que conferem ao indivíduo afetado o direito de impugnar a decisão judicial, como um pressuposto de admissibilidade de índole objetiva, destinado, fundamentalmente, a impedir a banalização da atividade de jurisdição constitucional. (Cf., a propósito, RudigerZuck, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 2. ed., München, 1988, p. 13 e s.)

No caso brasileiro, o pleito a ser formulado pelos órgãos ou entes legitimados dificilmente versará – pelo menos de forma direta – a proteção judicial efetiva de posições específicas por eles defendidas. A exceção mais expressiva reside, talvez, na possibilidade de o Procurador- Geral da República, como previsto expressamente no texto legal, ou qualquer outro ente legitimado, propor a arguição de descumprimento a pedido de terceiro interessado, tendo em vista a proteção de situação específica. Ainda assim, o ajuizamento da ação e sua admissão estarão vinculados, muito provavelmente, ao significado da solução da controvérsia para o ordenamento constitucional objetivo, e não à proteção judicial efetiva de uma situação singular.

Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade **há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional**. Nesse sentido, destaco decisão monocrática do Min. Celso de Mello, na ADPF 126-MC, datada de 19.12.2007:

“O diploma legislativo em questão – tal como tem sido reconhecido por esta Suprema Corte (RTJ, 189/395-397, v. g.) – consagra o princípio da subsidiariedade, que rege a instauração do processo objetivo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, condicionando o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional à ausência de qualquer outro meio processual apto a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade indicada pelo

autor: (...) O exame do precedente que venho de referir (RTJ 184/373-374, rel. min. Celso de Mello) revela que o princípio da subsidiariedade não pode – nem deve – ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República. (...) Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/99, em ordem a permitir que a utilização dessa nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental causada por ato do Poder Público. Não é por outra razão que esta Suprema Corte vem entendendo que a invocação do princípio da subsidiariedade, para não conflitar com o caráter objetivo de que se reveste a arguição de descumprimento de preceito fundamental, supõe a impossibilidade de utilização, em cada caso, dos demais instrumentos de controle normativo abstrato: (...) A pretensão ora deduzida nesta sede processual, que tem por objeto normas legais de caráter pré-constitucional, exatamente por se revelar insuscetível de conhecimento em sede de ação direta de inconstitucionalidade (RTJ 145/339, Rel. Min. Celso de Mello – RTJ, 169/763, Rel. Min. Paulo Brossard – ADI 129/SP, Rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, v. g.), não encontra obstáculo na regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/99, o que permite – satisfeita a exigência imposta pelo postulado da subsidiariedade – a instauração deste processo objetivo de controle normativo concentrado. Reconheço admissível, pois, sob a perspectiva do postulado da subsidiariedade, a utilização do instrumento processual da arguição de descumprimento de preceito fundamental”.

Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata – há de entender-se possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É o que ocorre, fundamentalmente, nas hipóteses relativas ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se esauriram. Nesses casos, em face do não cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer-se a admissibilidade da arguição de descumprimento.

Também, é possível que se apresente arguição de descumprimento com pretensão de ver declarada a constitucionalidade de lei estadual ou municipal que tenha a legitimidade questionada nas instâncias inferiores. Tendo em vista o objeto restrito da ação declaratória de constitucionalidade, não se vislumbra aqui meio eficaz para solver, de forma ampla, geral e imediata, eventual controvérsia instaurada.

Afigura-se igualmente legítimo cogitar de utilização da arguição de descumprimento nas controvérsias relacionadas com o princípio da legalidade (lei e regulamento), uma vez

que, assim como assente na jurisprudência, tal hipótese não pode ser veiculada em sede de controle direto de constitucionalidade.

A própria aplicação do princípio da subsidiariedade está a indicar que a arguição de descumprimento há de ser aceita nos casos que envolvam a aplicação direta da Constituição – alegação de contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre interpretação adotada pelo Judiciário que não cuide de simples aplicação de lei ou normativo infraconstitucional.

Da mesma forma, controvérsias concretas fundadas na eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo podem dar ensejo a uma plethora de demandas, insolúveis no âmbito dos processos objetivos.

Lembro-me do caso da importação de pneus usados – ADPF 101, rel. Min. Cármen Lúcia, julgada em 11.3.2009. Ali, o objeto da arguição eram as múltiplas decisões judiciais que autorizavam a importação de pneus contra as normas ambientais. Daí, ter-se admitido a ADPF, em face das decisões judiciais, tendo em vista a necessidade de imediata pacificação do tema. Poder-se-ia ter argumentado que haveria a possibilidade de recursos, que a questão acabaria resolvida pela uniformização da jurisprudência. Isso foi superado pela Corte, exatamente, por entender que havia relevância maior no tema.

Outro caso célebre é o do aborto de fetos anencéfalos – ADPF 54, rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 12.4.2012. Pululavam pelas várias instâncias *habeas corpus* tratando do tema. Em geral, ações que sequer eram julgadas definitivamente. Se o juiz concedia a liminar, julgava-se a ação prejudicada. Se não, normalmente os processos judiciais levavam mais de nove meses, pelo que o Tribunal não tinha oportunidade de analisar essa questão constitucional.

Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, *a priori*, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque, tal como assinalado, o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva. A propósito, assinalou o Ministro Sepúlveda Pertence, na ADC 1,

que a convivência entre o sistema difuso e o sistema concentrado “*não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos a que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme; ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só*

questão de direito”. (ADC 1, rel. Min. Moreira Alves, julgada em 1º.12.1993, DJ 16.6.1995).

A possibilidade de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes dos pronunciamentos de múltiplos órgãos pode configurar ameaça a preceito fundamental (pelo menos ao da segurança jurídica), o que também está a recomendar uma leitura compreensiva da exigência aposta à lei da arguição, de modo a admitir a propositura da ação especial toda vez que uma definição imediata da controvérsia mostrar-se necessária para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometam gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria ideia de prestação judicial efetiva.

Ademais, a ausência de definição da controvérsia – ou a própria decisão prolatada pelas instâncias judiciais – poderá ser a concretização da lesão a preceito fundamental. Em um sistema dotado de órgão de cúpula que tem missão de guarda da Constituição, a multiplicidade ou a diversidade de soluções pode constituir-se, por si só, em ameaça ao princípio constitucional da segurança jurídica e, por conseguinte, em autêntica lesão a preceito fundamental.

Assim, tendo em vista o perfil objetivo da arguição de descumprimento, com legitimação diversa, dificilmente poder-se-á vislumbrar uma autêntica relação de subsidiariedade entre o novel instituto e as formas ordinárias ou convencionais de controle de constitucionalidade do sistema difuso, expressas, fundamentalmente, no uso do recurso extraordinário.

Como se vê, ainda que aparentemente pudesse ser o recurso extraordinário o meio hábil a superar eventual lesão a preceito fundamental nessas situações, na prática, especialmente nos processos de massa, a utilização desse instituto do sistema difuso de controle de constitucionalidade não se revela plenamente eficaz, em razão do limitado efeito do julgado nele proferido (decisão com efeito entre partes).

Assim sendo, é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento. Ao contrário, tal como explicitado, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama, as mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia.

No julgamento da medida cautelar na ADPF 33, o Tribunal acolheu, em linhas gerais, a orientação acima sustentada, tendo considerado cabível, em princípio, ADPF movida em

relação à lei estadual pré-constitucional, que indexava o reajuste dos vencimentos de determinado grupo de funcionários ao valor do salário mínimo. Essa orientação foi reafirmada na decisão de mérito, proferida em 7.12.2005. (ADPF 33, de minha relatoria, julgada em 7.12.2005; cf. também ADPF 46, rel. Min. Marco Aurélio, red. para acórdão Min. Eros Grau, julgado em 5.8.2009, julgamento não concluído, e ADPF 54 (QO), rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 20.10.2004).

Nessas hipóteses, ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem, as mais das vezes, capazes de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata.

A necessidade de interposição de uma plethora de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do Supremo Tribunal Federal e das próprias Cortes ordinárias.

Dessa forma, o Tribunal poderá conhecer da arguição de descumprimento toda vez que o princípio da segurança jurídica restar seriamente ameaçado, especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional, desde que presentes os demais pressupostos de admissibilidade.

Essa leitura compreensiva da cláusula da subsidiariedade contida no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99 parece solver, com superioridade, a controvérsia sobre a aplicação do princípio do exaurimento das instâncias.

No presente caso, as arguições têm por objeto direito pré-constitucional – art. 260 do CPP – e a prática judicial de determinar a condução coercitiva de imputados para depoimento. A potencial lesão a preceitos fundamentais esgota-se rapidamente após a realização do interrogatório. Dessa forma, mesmo que, em tese, cabível o acesso à jurisdição ordinária, não há tempo hábil para uma resposta jurisdicional voltada para o caso concreto, ainda que liminar.

É fácil ver também que a fórmula da **relevância do interesse público** para justificar a admissão da arguição de descumprimento (explícita no modelo alemão) está implícita no sistema criado pelo legislador brasileiro, tendo em vista especialmente o caráter marcadamente objetivo que se conferiu ao instituto.

Assim, o Supremo Tribunal Federal poderá, ao lado de outros requisitos de admissibilidade, emitir juízo sobre a relevância e o interesse público contido na controvérsia

constitucional, podendo recusar a admissibilidade da ADPF sempre que não vislumbrar relevância jurídica na sua propositura.

O caso concreto tem a necessária relevância. As conduções coercitivas para interrogatório têm se disseminado, especialmente no curso da investigação criminal. Representam uma restrição importante a direito individual, alegadamente fundada no interesse da investigação criminal.

Por tudo, as arguições de descumprimento de preceito fundamental são cabíveis.

2.2 Falta de documento indispensável à propositura da ação

O Advogado-Geral da União arguiu a falta de documento indispensável à propositura da ação, nos autos da ADPF manejada pelo Partido dos Trabalhadores, tendo em vista que a petição inicial não se fez acompanhar de cópia do Código de Processo Penal.

A petição inicial deve ser instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação – art. 320 do CPC. Na sua falta, o juiz deve determinar que o autor complete a documentação, sob pena de indeferimento da petição inicial – art. 321 do CPC.

O art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.882/99 estabelece que a propositura da ADPF será instruída com cópia do “ato questionado”.

No entanto, os precedentes desta Corte são no sentido de dispensar a prova do direito, quando “transcrito literalmente o texto legal impugnado” e não há dúvida relevante quanto ao seu teor ou vigência – ADI 1.991, Rel. Min. Eros Grau, julgada em 3.11.2004.

O ato legislativo impugnado (art. 260 do CPP) está transcrito na petição inicial, pelo que dispensável sua juntada em separado.

De resto, quando impugnado ato normativo, a lei da ADPF deve ser lida em conjunto com o art. 376 do CPC, que confere ao alegante o ônus de provar o direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, se o juiz determinar. *Contrario sensu*, se impugnada lei federal, a prova do direito é desnecessária.

Máxime se estamos tratando de um código em vigor, ferramenta cotidiana deste Tribunal e dos operadores do direito em geral, como é o caso do CPP.

Por essas razões, o texto da lei federal impugnada não é documento indispensável à propositura da arguição de descumprimento fundamental.

Rejeito a preliminar.

3 Medida cautelar

Demonstrado o cabimento das arguições de descumprimento de preceito fundamental, passo a abordar a medida cautelar.

Início por um esclarecimento, para que a compreensão da fundamentação não seja reduzida por ambiguidade.

Busca-se o reconhecimento de que investigados e réus não podem ser conduzidos coercitivamente à presença da autoridade policial ou judicial para serem interrogados.

Há outras hipóteses de condução coercitiva que não são objeto desta ação – a condução de outras pessoas, como testemunhas, ou de investigados ou réus para atos diversos do interrogatório, como o reconhecimento, por exemplo. Essas outras hipóteses não estão em causa. Serão mencionadas no curso do voto apenas para ilustração e teste das teses jurídicas em conflito.

Para que não paire dúvida, desde logo esclareço que o emprego não especificado da expressão “condução coercitiva” doravante neste voto fará referência ao objeto da ação – condução do imputado para interrogatório.

3.1 Da prática de conduzir coercitivamente para interrogatório

O art. 260 do CPP mantém sua redação original, de 1941, segundo a qual se “*o acusado não atender à intimação para o interrogatório (...), a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença*”.

Como se verá com mais vagar, a condução coercitiva no curso da ação penal tornou-se obsoleta. A partir da Constituição de 1.988, foi consagrado o direito do réu de deixar de responder às perguntas, sem ser prejudicado – direito ao silêncio. A condução coercitiva para o interrogatório foi substituída pelo simples prosseguimento da marcha processual, à revelia do acusado – art. 367 do CPP, com redação dada pela Lei 9.271/96.

Entretanto, o art. 260 foi reciclado para, conjugado ao poder do juiz de decretar medidas cautelares pessoais, fundamentar a condução coercitiva de investigados para interrogatório – especialmente, durante a investigação policial.

Parte-se do princípio de que, se o juiz pode o mais – decretar a prisão preventiva – pode o menos – ordenar a condução coercitiva.

Nos últimos anos, essa engenhosa construção passou a fazer parte do procedimento padrão nas chamadas “operações”. Essas investigações policiais costumam se destinar a

apurar crimes graves e complexos, empregando técnicas especiais de investigação, notadamente os meios de obtenção de prova mencionados no art. 3º da Lei 12.850/15:

“Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

- a. - colaboração premiada;
- b. - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;
- c. - ação controlada;
- d. - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;
- e. - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;
- f. - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;
- g. - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;
- h. - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal”.

Além do número de tombo, recebem um nome de batismo, que designará não apenas o inquérito inicial, mas todos os procedimentos que em torno dele gravitam, e mesmo as apurações desdobradas. Iniciam por uma fase oculta, na qual são empregadas as técnicas especiais de investigação que têm o sigilo como essencial – interceptação de comunicações, ação controlada, etc. A fase oculta transita para a fase ostensiva, em um momento conhecido como deflagração – no qual são executadas, simultaneamente, as medidas probatórias e cautelares que não podem ser escondidas dos investigados, como buscas e apreensões, prisões e interrogatórios.

Na representação por mandados indispensáveis à deflagração, vem-se consolidando a prática de postular a condução coercitiva de investigados que não serão presos.

Muitas vezes, as representações são atendidas e os mandados de condução expedidos.

Para ficar no exemplo mais rumoroso, foram executadas 222 conduções coercitivas na Operação Lava Jato – até 14.11.2017, de acordo com o site lavajato.mpf.mp.br. Apenas para ilustrar, é mais do que a soma de todas as prisões no curso da investigação – 218, sendo 101 preventivas, 111 temporárias, 6 em flagrante.

Mas a condução coercitiva não é uma exclusividade da Lava Jato. Mesmo investigações de perfil mais baixo passaram a valer-se da técnica.

Por outro lado, em inquéritos policiais não batizados como operações, a condução coercitiva é rara ou inexistente.

Ainda que a prática seja empregar a condução coercitiva apenas em investigações, a ADPF 395 impugna o uso da medida em qualquer fase. No entanto, a medida cautelar é requerida apenas quanto ao suspeito, investigado ou indiciado, pelo que a análise fica limitada à investigação.

Início avaliando se a condução coercitiva atinge direitos fundamentais do conduzido.

3.2 Direitos fundamentais potencialmente atingidos

As arguições invocam violação ao direito à não autoincriminação, ao silêncio, ao juiz imparcial, ao sistema processual penal acusatório, ao devido processo legal, à paridade de armas e à ampla defesa e ao contraditório.

Passo a analisar se, de fato, a condução coercitiva atinge esses direitos fundamentais, representando uma efetiva restrição a eles. Concluo esta avaliação afirmando a restrição aos direitos à liberdade pessoal e à presunção de não culpabilidade.

3.2.1 Direito à não autoincriminação

O **direito à não autoincriminação** consiste na prerrogativa do investigado ou acusado a negar-se a produzir provas contra si mesmo, e a não ter a negativa interpretada contra si. No caso, interessa o direito ao silêncio, o aspecto mais corrente do direito à não autoincriminação. Por projeção, o direito ao silêncio consistente na prerrogativa do implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade.

Tal direito não constava do catálogo de direitos fundamentais das constituições pré-1988. Tampouco era reconhecido no âmbito legal. Pelo contrário, o CPP previa que o silêncio do acusado seria interpretado em seu desfavor – art. 186, alterado apenas em 2003, para consagrar que o silêncio não será interpretado em prejuízo da defesa.

A Constituição de 1988 não foi direta em afirmar o direito à não autoincriminação em geral, ou o direito ao silêncio em particular.

O que o texto constitucional enunciou foi o direito à **advertência** quanto ao direito ao silêncio, ainda assim apenas em favor do preso – “*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado*”, art. 5º, LXIII.

O direito ao silêncio foi consagrado em tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, os quais enunciam o direito do acusado de não depor contra si mesmo –

artigo 14, 3, “g”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em execução por força do Decreto 592/92, e artigo 8, 2, “g”, do Pacto de San José da Costa Rica, em execução por força do Decreto 678/92.

No plano legal, desde a Lei 10.792/03, o direito ao silêncio foi incorporado ao CPP.

Atualmente, tanto o direito ao silêncio quanto a respectiva advertência são previstos na legislação e aplicáveis tanto à ação penal quanto ao interrogatório policial, tanto ao preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. Mesmo o Código de Processo Civil introduziu o direito da parte de não produzir prova contra si própria – art. 379.

De tudo se retira que, executada a condução coercitiva, não há dúvida de que o conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e ao direito à respectiva advertência. Em outras palavras, a autoridade interrogante deve advertir o conduzido do direito a calar-se e respeitar seu exercício.

O conduzido também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado (art. 7º, XXI, do Estatuto da Advocacia), reforçando a qualidade da decisão como estratégia defensiva.

Ou seja, só há potencial autoincriminação se o interrogado optar por falar, mesmo após advertido do direito ao silêncio.

Nessas condições, haverá uma opção suficientemente informada. Não vejo o uso das declarações do interrogado como prova como violação ao direito à não autoincriminação.

Quanto ao ponto, ressalto que o direito ao silêncio é um direito, não um dever. A Constituição Federal assegura a livre manifestação, inclusive a investigados e presos – art. 5º, IV e XLIX.

O direito constitucional ao direito ao silêncio só faz sentido porque o investigado pode optar por falar, e porque suas declarações têm valor. Não fosse assim, o interrogatório seria simplesmente proibido.

A palavra do acusado pode ser essencial à defesa. A versão do imputado pode elucidar os fatos e dissipar suspeitas. Não raro, é a partir do interrogatório que se descobre que o investigado é, em verdade, a vítima.

Não por acaso, a legislação consagra o direito do réu de manifestar-se pessoalmente sobre as suspeitas que contra ele pairam.

Cabe à defesa decidir por falar ou calar.

Submeter o investigado a interrogatório não é, por si só, uma violação ao direito à não autoincriminação.

Disso concluo que não há violação, nem ao menos potencial, ao direito à não autoincriminação.

3.2.2 Direito ao tempo necessário à preparação da defesa

O direito ao tempo necessário à preparação da defesa, a que faz jus o acusado da prática de infração penal, é uma decorrência dos direitos ao devido processo legal e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV).

Tal direito está expressamente consagrado em tratados de direitos humanos dos quais o país é signatário – artigo 14, 3, “b”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em execução por força do Decreto 592/92, e artigo 8, 2, “c”, do Pacto de San José da Costa Rica, em execução por força do Decreto 678/92.

Eventual autoincriminação decorrente da condução coercitiva poderia estar ligada à surpresa, ao pouco tempo para fazer uma opção informada entre falar, ou não, e para estruturar uma tese defensiva.

Ocorre que o direito ao tempo para a preparação não se manifesta dessa forma.

Investigados e réus não têm a prerrogativa de definir o momento em que serão interrogados.

No curso da ação penal, o direito ao tempo necessário à preparação da defesa é conferido com generosidade pela legislação processual em vigor, que situa a instrução processual após a dedução da defesa escrita, e ainda o interrogatório ao final da instrução – arts. 396, 400, 406, 411, 474 e 531 do CPP. O STF estabeleceu a orientação de que o interrogatório ao final da instrução deve ser observado em todas as ações penais, mesmo em procedimentos especiais cuja regência preveja em contrário – HC 127.900, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 3.3.2016.

Assim, tenho que as normas processuais, tal qual postas, asseguram suficientemente tempo de preparação para o interrogatório. Não vejo, em fase de ação penal, a possibilidade de vulneração ao direito ao tempo de preparação da defesa.

Quanto à investigação, o direito ao tempo necessário à preparação da defesa insere-se no âmbito das “garantias judiciais” do acusado de delito – artigo 8, 2, do Pacto de San José. São direitos com aplicação direta ao procedimento judicial de determinação de responsabilidade criminal. Podem ser aplicados, no que cabível, a outros procedimentos, potencialmente gravosos, de determinação de responsabilidade. Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já aplicou o artigo 8 para processos punitivos, ainda

que não conduzidos por órgãos do poder judiciário, como processos de cassação extrajudicial de magistrados de Tribunal Constitucional – casos Tribunal Constitucional vs. Perú, sentença de 31 de janeiro de 2001; Baena Ricardo e outros vs. Panamá, sentença de 2 fevereiro de 2001, §§ 125 a 127 e 129; Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador, sentença de 28 de agosto de 2013.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, analisando o correspondente artigo 6 da Convenção Europeia, afirma que as garantias judiciais do acusado devem ser, no que aplicáveis, observadas nas investigações policiais – caso Imbrioscia v. Suíça, decisão de 24 de novembro de 1993, § 36.

Não é o caso do direito ao tempo para preparação da defesa.

Na investigação, não há uma acusação formada. O investigado não tem o ônus de preparar defesa, na medida em que não está enfrentando uma acusação. Pode intervir nas investigações, dando sua versão dos fatos, oferecendo razões, etc. Mas essa intervenção não equivale a uma defesa. Não há prazo de preparação para o inquérito policial.

Pelo contrário, no curso da investigação, a regra é que o interrogatório seja realizado tão logo quanto o possível.

O CPP afirma que a Autoridade Policial deverá ouvir o suspeito “logo que tiver conhecimento da infração” (art. 6º, V).

Se houver prisão em flagrante, o interrogatório faz parte do auto respectivo (art. 304 do CPP). Ou seja, será tomado poucas horas após a captura.

De um modo geral, o investigado preso é interrogado logo após a prisão. Mesmo antes do interrogatório formal, têm valor probante as declarações imediatamente posteriores à prisão, desde que precedidas da advertência constitucional quanto ao direito ao silêncio – art. 5º, LXIII, da CF.

Para decretarmos a incompatibilidade com a Constituição do interrogatório do conduzido, teríamos que reconhecer o vício do interrogatório policial dos presos em geral e dos flagrados em particular.

A prontidão na realização do interrogatório é compatível com os direitos da defesa e com os objetivos da investigação criminal. Frequentemente, o tempo é essencial para o sucesso das apurações. A conjugação da inquirição de testemunhas, vítimas e suspeitos com a colheita de outras provas é vital para que os fatos sejam revelados.

Por conta da necessária velocidade das apurações, de um modo geral, regras de delimitação de tempo e de lugar dos atos processuais não se aplicam ao inquérito policial.

Regras do Código de Processo Civil restritivas do tempo dos atos processuais não se projetam a essa fase – art. 212.

Nem mesmo a regra de prazo mínimo para resposta à intimação, atualmente 48 horas, pode ser projetada ao inquérito – art. 218, § 2º, do CPC.

Aliás, mesmo para a prática de atos processuais, o CPP não estabelece restrições de tempo – art. 797.

Não há sequer direito subjetivo ao interrogatório policial. O Ministério Público pode denunciar pessoa que em momento algum foi tratada como suspeita pela autoridade policial.

O desconforto do investigado com o momento do interrogatório é eficazmente contrabalanceado pelo direito ao silêncio e pelo direito a apresentar razões por intermédio de advogado (art. 7º, XXI, do Estatuto da OAB).

Dessa forma, tenho que a condução coercitiva não se traduz em violação, ainda que potencial, ao direito ao prazo necessário para preparação da defesa.

3.2.3 Direito ao devido processo legal

Alega-se que a condução coercitiva uma violação ao direito ao devido processo legal – art. 5º, LIV, CF.

O raciocínio parte da inexistência de poder geral de cautela no processo penal, a desautorizar a adoção de medidas processuais atípicas. Nesse sentido, Rodrigo Capez sustenta que como “o processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal (artigo 5º, LIV, CF), exige-se a observância da legalidade estrita e da tipicidade processual para qualquer restrição ao direito de liberdade” – **No processo penal não existe o poder geral de cautela**. Conjur, 6.3.2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-06/rodrigo-capez-processo-penal-nao-existe-poder-geral-cautela>. Acesso em 5.5.2017.

A tese de que o processo penal deve-se ater apenas aos atos processuais tipificados em lei é controversa na doutrina processual. Até o momento, o Supremo Tribunal não teve a oportunidade de ater-se a ela em toda a sua extensão. Nos termos em que estou defendendo, este caso fica solucionado, sem resolver em definitivo tal controvérsia de alta indagação.

Para não deixar de tecer algumas considerações, anoto que a condução coercitiva não é medida completamente atípica. O art. 260 do CPP admite a condução coercitiva, muito embora mencione a prévia intimação. Ou seja, haveria base legal para restringir a liberdade do imputado, forçando-o a comparecer ao ato processual. O problema estaria na inobservância do rito legal, nos casos em que dispensada a intimação prévia.

Na mesma linha, a condução coercitiva poderia ser vista como um *minus* em relação à prisão preventiva, medida cautelar pessoal típica. A condução coercitiva é uma supressão completa da liberdade de locomoção, ainda que por período limitado – até a realização do interrogatório. Tendo isso em vista, não descartaria, por exemplo, a substituição da prisão preventiva para identificação (art. 313, parágrafo único, do CPP) pela condução coercitiva para a mesma finalidade. Tratar-se-ia de medida igualmente eficaz, mas menos gravosa.

Além disso, muito embora atinja a pessoa do investigado, a condução coercitiva tem função instrutória. Parece seguro admitir algum grau de plasticidade nas medidas instrutórias. O CPP parece consagrar a liberdade dos meios probatórios, mitigada apenas quanto à prova do “estado das pessoas” – art. 155, parágrafo único: “Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. Mesmo “as restrições estabelecidas na lei civil” são escassas. O CPC afirma o direito de “empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados” – art. 369.

Nossa doutrina evoluiu de uma posição mais tradicional, que afirmava a ampla liberdade na produção da prova – “toda a prova que não atente contra a moralidade, nem violento o respeito à dignidade humana, é permitida” – TOURINHO FILHO, Fernando da Costa; **Código de Processo Penal Comentado**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 356

– para uma desconfiança com provas inominadas. Ainda assim, mesmo essa última linha doutrinária faz concessões, tolerando provas não nominadas “excepcionalmente e com determinados cuidados” – LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 595.

A rigor, a questão em causa não reside nem sequer na liberdade dos meios de prova, mas da possibilidade de, em casos extremos, fugir do rito legal para sua produção. A colheita da prova pode restringir a liberdade dos envolvidos e de terceiros.

Tome-se por exemplo a prove testemunhal. À testemunha não é dada a escolha de ir ou não a Juízo depor – art. 202 do CPP. A lei comina sanções para a ausência – multa, custas, desobediência (art. 219) –, além da possibilidade da condução coercitiva (art. 218). Trata-se de uma restrição a liberdade de um terceiro ao processo que, como regra, deve seguir o rito próprio. Imagine-se uma testemunha sob ameaça. O dever de testemunhar pode ser imensamente gravoso, a ponto de colocar o obrigado em risco. O risco não elide o dever de testemunhar – art. 202 do CPP. Ele é mitigado pelas ferramentas disponíveis aos programas de proteção às testemunhas ameaçadas – Lei 9.807/99. Imagine-se que essa

testemunha, intimada para comparecer ao Plenário do Júri onde será julgado o fato que presenciou, compre uma passagem para o exterior para a mesma data. Há razões para crer que a testemunha pretende furtar-se ao dever de depor, frustrando o ato processual.

Se existe o poder geral de cautela, a condução coercitiva seria possível mesmo sem aguardar a ausência anunciada da testemunha. Se não, seria imprescindível aguardar o fracasso do julgamento.

A existência ou não de um poder geral de cautela no processo penal decidirá se o juiz pode abandonar o rito legal, em situações excepcionais, ou se está completamente amarrado pelo rito legal.

Muito embora essa cogitação seja de relevância, o caso pode ser resolvido por outras vias.

Por essa razão, ao menos no atual estágio da nossa compreensão sobre a tipicidade dos atos processuais, tenho que não deve ser afirmada potencial violação ao direito ao devido processo legal.

3.2.4 Direito à imparcialidade, à paridade de armas e à ampla defesa

Argumenta-se que a atuação do magistrado que determina a condução coercitiva, em fase de investigação, representa uma iniciativa indevida. Além disso, seria uma atuação que desequilibra acusação e defesa, intervindo no princípio da paridade de armas, decorrência da ampla defesa e do contraditório – art. 5º, LV, CF. Por fim, seria medida que impediria o exercício do direito efetivo de defesa pelo imputado.

Na fase de investigação, o juiz atua como garantidor de liberdades. É do sistema constitucional que algumas medidas sejam requeridas a um magistrado, mesmo antes da instauração da relação processual. Várias dessas medidas são expressamente mencionadas na Constituição Federal – por exemplo, busca domiciliar (art. 5º, XI), interceptação telefônica (art. 5º, XII), prisão (art. 5º, LXI).

A imparcialidade não é violada pela atuação do juiz. Pelo contrário, é a imparcialidade do magistrado que garante a liberdade contra intromissões indevidas.

Ao deferir uma medida interventiva, o juiz está aplicando a lei. Não há nisso violação ao equilíbrio das partes na relação processual.

Dessa forma, o argumento da violação à imparcialidade e da paridade de armas não se sustenta.

A Constituição de 1.988 (art. 5º, LV) ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

No curso do inquérito policial, na medida em que não se tem ainda processo contraditório em sentido estrito, o direito à ampla defesa é assegurado, essencialmente, pelo direito à assistência de advogado (art. 5º, LXIII, CF). Esse direito aumenta de dimensão no curso da ação penal, no qual a assistência do advogado é obrigatória – art. 261 do CPP.

Trata-se de direito que reclama medidas legislativas e administrativas de organização e procedimento com vistas a assegurar a atuação do defensor.

Ainda que haja a necessidade de ordenação ou disciplina legal dessa assistência, é certo que não se poderá negar tal possibilidade.

Trata-se de medida destinada a assegurar a necessária proteção à integridade física e psíquica do preso, bem como oferecer a necessária proteção jurídica aos investigados e acusados em geral.

Convém registrar que alteração de 2016 passou a prever como direito do advogado “assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento” – art. 7º, XXI, da Lei 8.906/94, introduzido pela Lei 13.245/16.

O direito à ampla defesa, no que aplicável ao interrogatório, é garantido pelo direito à assistência do advogado, associado ao direito ao silêncio.

A condução coercitiva não afasta esse direito. Não vislumbro potencial ofensa ao preceito.

3.2.5 Direito à liberdade de locomoção

De forma diferente dos preceitos anteriores, a liberdade de locomoção é vulnerada pela condução coercitiva.

A Constituição Federal consagra o direito à liberdade de locomoção de forma genérica, ao enunciar o direito à liberdade (art. 5º, *caput*), a ser restringido apenas sob observância do devido processo legal (art. 5º, LIV), e, de forma específica, ao estabelecer regras estritas sobre a prisão (art. 5º, LXI, LXV, LXVI, LXVII). A Carta também enfatiza a liberdade de locomoção ao consagrar a ação especial de *habeas corpus* como remédio contra restrições e ameaças ilegais (art. 5º, LXVIII).

A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. O investigado ou réu é capturado e levado sob custódia ao local da inquirição.

Há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por um período breve.

3.2.6 Presunção de não culpabilidade

Quanto à presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF), seu aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas.

A condução coercitiva consiste em capturar o investigado ou acusado e levá-lo sob custódia policial à presença da autoridade, para ser submetido a interrogatório.

A restrição temporária da liberdade mediante condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não são tratamentos que normalmente possam ser aplicados a pessoas inocentes. O investigado conduzido é claramente tratado como culpado.

3.3 Validade das restrições: o direito de ausência ao interrogatório

Estabelecido que a condução coercitiva interfere nos direitos à liberdade de locomoção e à presunção de não culpabilidade, resta ver se a interferência é incompatível com a Constituição Federal.

Restrições à liberdade de locomoção e o tratamento pontual de investigados como culpados são aceitáveis, desde que proporcionais.

A liberdade de locomoção não é um direito absoluto. Pode ser restringido, inclusive por atos administrativos. Assim, por exemplo, o controle de trânsito fronteiriço, o controle de entrada em imóveis públicos de uso especial, a interdição de prédios privados em caso de descumprimento de obrigações de segurança, a interdição de vias públicas para obras, o semáforo e o pedágio.

A não culpabilidade tampouco é um direito absoluto. O ordenamento jurídico dispõe de uma infinidade de medidas que, infelizmente, representam tratamento desfavorável ao investigado ou ao acusado. Prisão processual, medidas cautelares diversas da prisão, medidas assecuratórias, medidas investigativas invasivas, etc., constroem pessoas no gozo da presunção.

Importa definir se a interferência representada pela condução coercitiva é, ou não, legítima.

A condução coercitiva no inquérito tem uma finalidade lícita – acelerar as investigações.

No entanto, poderia perfeitamente ser substituída por medidas menos gravosas. Por exemplo, em vez de conduzido, o investigado poderia ser simplesmente intimado a comparecer de pronto à repartição pública, caso tenha interesse em ser interrogado. Talvez o ato processual pudesse ser marcado no próprio dia, na medida em que o CPP não prevê anterioridade mínima para intimações. Na melhor das hipóteses para a defesa, aplicar-se-ia o prazo mínimo de 48 (quarenta e oito) horas previsto no art. 218, § 2º, do CPC, por analogia. Parece seguro afirmar que, na maior parte das investigações, esse prazo seria satisfatório a interesse da agilidade das apurações.

De qualquer forma, tenho que o caso dispensa que se avance no sopesamento dos interesses em conflito. É possível afirmar, mesmo em abstrato, que a condução coercitiva para interrogatório é ilegítima, ao menos de acordo com a legislação atualmente em vigor.

O essencial para essa conclusão é que a legislação prevê o direito de ausência ao interrogatório, especialmente em fase de investigação. O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva.

Para que a condução coercitiva seja legítima, ela deve destinar-se à prática de um ato ao qual a pessoa tem o dever de comparecer, ou ao menos que possa ser legitimamente obrigada a comparecer.

Veja-se a condução da testemunha, por exemplo. Existe o dever de depor como testemunha – art. 202 do CPP. O testigo deve fazer-se presente na hora e no local assinalados na intimação. Inexiste a prerrogativa de fazer-se ausente.

A condução coercitiva da testemunha faltante é simples meio de exigir o cumprimento do dever de apresentar-se para depor – art. 218 do CPP.

Nesse caso, há uma finalidade claramente estabelecida, a ser afirmada por medidas proporcionais, conferidas pelo legislador.

Em sentido semelhante, a condução coercitiva “quando houver dúvida sobre a identidade civil” do imputado seria uma possibilidade, na medida em que essa é uma hipótese que autoriza mesmo a medida mais gravosa – prisão preventiva, na forma do art. 313, parágrafo único, do CPP.

Mesmo que não paire dúvida sobre a identidade, pode-se cogitar da condução coercitiva para a qualificação do acusado, correspondente à primeira parte do interrogatório,

relativa à pessoa do acusado – art. 187, § 1º, e art. 185, § 10, do CPP. Nesse ponto, o acusado não tem direito ao silêncio. A qualificação foi inserida legalmente como fase do interrogatório, na forma do art. 187 do CPP. Logo, sob tal aspecto, a realização da qualificação poderia justificar a condução coercitiva.

Fato é que as informações sobre a pessoa do acusado chegam aos autos por diversas vias. Antecedentes, por exemplo, podem ser obtidos consultas ao rol dos culpados e ao sistema processual. Dificilmente a qualificação será relevante ao processo, a ponto de permitir a adoção de uma medida consideravelmente radical, como a condução coercitiva.

De qualquer forma, nas hipóteses estreitas em que a qualificação se afigura imprescindível, o juiz pode, de forma devidamente fundamentada, ordenar a condução coercitiva do investigado ou acusado, como um ato que não possa ser realizado sem sua presença, na forma do art. 260 do CPP. O mesmo pode ser dito para a condução coercitiva para a identificação.

Relevante para este processo é a condução coercitiva para aquilo que a legislação denomina a segunda parte do interrogatório, o interrogatório sobre os fatos – art. 187, § 2º, do CPP.

A diferença dessa hipóteses em relação à condução coercitiva para interrogatório é que a lei não consagra um dever de fazer-se presente ao ato.

No curso do inquérito, não há regra que determine a submissão ao interrogatório. Pelo contrário, como já afirmado, consagra-se ao investigado o direito ao silêncio.

Aí reside a falácia principal que fundamenta a condução coercitiva: a alegação de que seria um *minu* sem relação à prisão preventiva por conveniência da instrução criminal. A condução coercitiva é, de fato, menos gravosa do que a prisão preventiva. A questão, entretanto, é que realizar o interrogatório não é uma finalidade legítima para a prisão preventiva. A consagração do direito ao silêncio impede a prisão preventiva para interrogatório, na medida em que o imputado não é obrigado a falar.

Por isso, **a condução coercitiva para interrogatório representa uma restrição da liberdade de locomoção e da presunção de não culpabilidade, para obrigar a presença em um ato ao qual o investigado não é obrigado a comparecer.** Daí sua incompatibilidade com a Constituição Federal.

Não desconheço que a Primeira Turma deste Tribunal registra precedente reconhecendo a viabilidade jurídica da condução coercitiva de suspeito, o qual não se encontrava em situação de flagrante delito, para prestar esclarecimentos na delegacia – HC 107.644, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 6.9.2011. A maioria

formou-se com o voto de quatro Ministros – Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Dias Toffoli e Cármen Lúcia. Ficou vencido o Ministro Marco Aurélio. Daquela feita, afirmou-se que a polícia judiciária, para se desincumbir de seu mister, pode conduzir testemunhas e suspeitos para depoimento.

O Min. Dias Toffoli, em seu voto-vista, fez constar várias hipóteses em que a custódia ou a retenção de suspeitos pela autoridade policial se configuraria como legítima e necessária:

“I - Na hipótese de cumprimento de um alvará de soltura, enquanto se consulta a Divisão de Capturas ou Vara de Execuções sobre mandados em aberto (por erro ou para cumprimento), é cautela exigida antes de empreender-se a soltura do preso. Se o carcereiro não o conhecer, deverá, ainda, confrontar-lhe a identidade e, se necessário, colher suas digitais para identificação, hipótese em que a resposta poderá demorar algumas horas. Nesse caso, não há crime a investigar, mas o até então reeducando que se deve por em liberdade permanecerá custodiado. Trata-se de caso de averiguação.

II - No caso de pessoa contra quem não conste a expedição de mandado de prisão, mas em que haja informação segura de que se cuidaria de foragido de presídio de outro Estado da Federação; enquanto se procede à consulta. Cuida-se, igualmente, de hipótese de averiguação.

III – No caso do indivíduo conduzido ao I.M.L. para averiguação de embriaguez. Se não for caso de flagrante ou lavratura de termo circunstanciado de ocorrência, estará ele retido ou custodiado. Aqui trata-se de investigação sumaríssima, por haver delito a apurar. IV - Na formalização de ocorrência envolvendo substâncias entorpecentes, enquanto se aguarda laudo de constatação do I.M.L. Se positivo o exame, o conduzido será preso e autuado em flagrante; se negativo, não será autuado porque não houve crime. Nesse caso, terá ele ficado em custódia, mas na qualidade de investigado. Trata-se, igualmente, de investigação sumaríssima, que não comporta prisão temporária.

V - No caso de cometimento de crime recente, enquanto se aguarda o comparecimento da vítima para reconhecimento pessoal. Se há o reconhecimento, lava-se o flagrante. Em caso negativo, não subsistindo o flagrante, o cidadão terá ficado custodiado ou retido, sem estar legalmente preso. Cuida-se, também, de investigação sumaríssima, sendo desnecessária e descabida a prisão temporária, porque o resultado da investigação só depende de algumas horas”.

Sem querer aprofundar todas as hipóteses mencionadas, pode-se afirmar que elas têm algo em comum: a retenção ocorre para avaliação se está presente uma hipótese de prisão – as duas primeiras por ordem judicial; as seguintes, em flagrante delito.

Não se assemelham a uma condução coercitiva para interrogatório, na qual a retenção será sucedida necessariamente da liberdade.

Reitero que, na medida em que não há obrigação legal de comparecer ao interrogatório, não há possibilidade de forçar o comparecimento.

Quanto ao precedente em si, tenho que ele tratava de uma hipótese bastante peculiar, não passível de generalização. A esposa da vítima de latrocínio atraía o suspeito para uma conversa, buscando produzir prova contra ele, sem a participação inicial de agentes policiais. Do encontro, instaurou-se uma desinteligência, em razão da qual os policiais foram chamados e levaram ambos para a delegacia. Na delegacia, o suspeito confessou a autoria do latrocínio.

O foco do debate jurisdicional estava na validade da confissão. É mesmo duvidoso que a validade da condução fosse relevante para o julgamento do *habeas corpus*, na medida em que uma subsequente admissão voluntária da responsabilidade poderia ser considerada uma prova suficientemente autônoma.

Se o precedente, em alguma medida, afirma que os suspeitos podem ser detidos para serem interrogados, registro que com ele não comungo.

A maior parte dos ordenamentos jurídicos confere algum poder às autoridades policiais de restringir temporariamente, por decisão própria, a liberdade de suspeitos de crimes graves.

No entanto, nossa Constituição enfatiza o direito à liberdade, no deliberado intuito de romper com práticas autoritárias como as prisões para averiguação. Assim, salvo as exceções nela incorporadas, exige-se a ordem judicial escrita e fundamentada para a prisão – art. 5º, LXI.

Logo, tendo em vista que a legislação consagra o direito de ausência ao interrogatório, a condução coercitiva para tal ato viola os preceitos fundamentais previstos no art. 5º, *caput*, LIV e LVII.

Em consequência, deve ser declarada a incompatibilidade da condução coercitiva de investigado ou de réu para ato de interrogatório com a Constituição Federal.

Acrescento que, ainda que se vislumbrasse espaço para a condução coercitiva para interrogatório, esse seria uma excepcional restrição da liberdade do acusado. Nesse contexto, não vejo como, mesmo quem considere a condução possível, se possa deixar de exigir a rigorosa observância da integralidade do art. 260 do CPP, ou seja, intimação prévia para comparecimento não atendida.

As conduções coercitivas para interrogatório têm se disseminado, especialmente no curso da investigação criminal. Representam uma restrição importante a direito individual. Muito embora alegadamente fundada no interesse da investigação criminal, essa restrição severa da liberdade individual não encontra respaldo no ordenamento jurídico.

Tenho por suficiente o perigo de lesão grave aos direitos individuais, autorizando o deferimento da medida liminar por decisão unipessoal.

Em consequência, a medida liminar merece acolhida.

Quanto ao interrogatório na instrução processual, relego a análise para a fase de julgamento.

Anoto que esta decisão **não tem o condão de desconstituir interrogatórios realizados até a data do presente julgamento, mesmo que o interrogado tenha sido coercitivamente conduzido para o ato. Como procurei destacar, estou reconhecendo a inadequação do tratamento dado ao imputado, não do interrogatório em si. Argumentos internos ao processo, como a violação ao direito ao silêncio, estão sendo refutados.**

Nesse contexto, não vejo necessidade de debater qualquer relação desta decisão com os casos pretéritos, inexistindo espaço para a modulação dos efeitos da decisão. Ante o exposto, **defiro a medida liminar, para vedar a condução coercitiva de investigados para interrogatório**, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Requisite-se à Presidência a inclusão no calendário do Pleno para referendo da medida liminar e julgamento de mérito.

Comunique-se ao CNMP, CNJ, Polícia Federal e Secretarias de Justiça dos Estados.

Publique-se. Int..

Brasília, 18 de dezembro de 2017.

Ministro **Gilmar Mendes**

Relator

Documento assinado digitalmente